Die Bedeutung der Provokation im bernischen Strafrecht

Ein Beitrag zur Lehre über den Urhab

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern zur Erlangung der Würde
eines Doktors beider Rechte

abgelegt von

WALTER GEISER
Fürsprecher
von
Langenthal

BERN
Buchdruckerei Dürrenmatt-Egger
1933

Die Bedeutung der Provokation im bernischen Strafrecht

Ein Beitrag zur Lehre über den Urhab

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern zur Erlangung der Würde
eines Doktors beider Rechte

abgelegt von

WALTER GEISER
Fürsprecher
von
Langenthal

BERN
Buchdruckerei Dürrenmatt-Egger
1933

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544718_0031

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

A. ALLGEMEINER TEIL.

Die Grundlagen der Provokation in der Geschichte des bernischen Strafrechts.

1. Kapitel. *Die rechtsgeschichtliche Entwicklung bis Ende des Mittelalters.*

§ 1. Ueber den Urhab im allgemeinen 3

§ 2. Die grundlegenden Bestimmungen über den Urhab in der Berner Handveste 6

2. Kapitel. *Die strafrechtliche Bedeutung des Urhabs in der Gerichtssatzung der Stadt Bern von 1539.*

§ 3. Einleitende Bemerkungen 15

§ 4. Die einzelnen Urhabsbestimmungen 17

I. Urhab zwischen Burgern innerhalb der Stadt . . . 17

a) „Urhab der wortten".

b) „Urhab mit der Hand".

c) „Urhab bei Totschlag".

II. Urhab zwischen Burgern und Nichtburgern . . . 24

III. Uebrige Urhabsbestimmungen in der G. S. . . . 26

§ 5. Heimsuchung und Herausforderung 28

I. Die Heimsuchung 28

II. Die Herausforderung 31

§ 6. Ergänzende Bestimmungen zum Urhab in der G. S. . . 33

3. Kapitel. *Die Urhabsbestimmungen der Gerichtssatzungen von 1614 und 1761.*

§ 7. In der Vernüwerten Gerichtssatzung der Stadt Bern vom Jahre 1614 36

I. Einleitende Bemerkungen 36

II. Die einzelnen Satzungen 37

§ 8. Der Urhab in der Gerichtssatzung von 1761 44

§ 9. Die Kodifikationsbestrebungen nach 1761 47

B. SPEZIELLER TEIL.

Seite

4. Kapitel. *Die Provokation als allgemeiner Strafmilderungsgrund.*
§ 10. Die Provokation im allgemeinen 49
I. Der Begriff 49
II. Voraussetzungen der Provokation 50
III. Abgrenzung der Provokation gegenüber Notwehr . . 55
§ 11. Die Provokation im geltenden bernischen Strafrecht . . 56
I. Vorgeschichte zum Strafgesetzbuch vom 1. Januar 1867 56
II. Die einzelnen Bestimmungen im Str. G. B. 61

5. Kapitel. *Die Provokation in der bernischen Rechtsprechung.*
A. Die Provokation als Strafmilderungsgrund.
§ 12. Das Begriffsmerkmal der Mißhandlung oder schweren Beleidigung 75
I. Die Mißhandlung als Begriff 75
II. Die Mißhandlung als Tatbestandsmerkmal der Provokation 76
III. Die schwere Beleidigung als Begriff und Tatbestandsmerkmal 77
§ 13. Analoge Anwendung von Art. 145 Al. 1 auf Art. 142 Str. G. B. 80
B. Die Provokation als Strafausschließungsgrund.
§ 14. Zum Begriff der ersten Tätlichkeit 86
I. Die rechtliche Natur der ersten Tätlichkeit 86
II. Die erste Tätlichkeit als Provokation 87
§ 15. Der Raufhandel 91
I. Der Begriff 92
II. Die Raufhandelsbestimmung im Str. G. B. 92

6. Kapitel. *Die Provokationsbestimmungen der kantonalen Gesetze in vergleichender Darstellung.*
§ 16. Strafgesetzbücher mit Berücksichtigung der Provokation als allgemeiner Strafmilderungsgrund 97
§ 17. Kantone mit Berücksichtigung der Provokation bei Totschlag und Körperverletzung 99
a) Der provozierte Totschlag 100
b) Die provozierte Körperverletzung 102
§ 18. Kantone mit Provokation als allgemeiner Strafmilderungs- und speziellem Privilegierungsgrund 103
A. Die Provokation als allgemeiner Strafmilderungsgrund . 103
B. Die Provokation als Privilegierungsgrund 104

7. Kapitel. *Die Entwürfe eines schweizerischen Strafgesetzbuches in vergleichender Darstellung.*
§ 19. Die Entstehung der Provokationsbestimmung 107
§ 20. Die Provokation im Strafgesetzentwurf von 1918 und in den vorangegangenen Arbeiten 111

Literaturverzeichnis

Alfred Philipp: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. des von Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs, Leipzig 1922.

Bericht: an den Großen Rat über die eingelangten Beurteilungen des Strafgesetzentwurfes.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12. Aufl. Leipzig 1882.

Berner: Die Körperverletzung, in Gerichtssaal, Bd. 18.

Berner Handveste: in Zeerleder, Festschrift zur VII. Säkularfeier der Gründung Berns, Bern 1891.

Bibliographie: über den Vorentwurf zu einem schw. Str. G. B., Bern 1898 und

— kritische Materialien zum V. E. eines schw. Str. G. B. 1908—11, Bern 1912;

— und kritische Materialien zu den Entwürfen eines schw. Str. G. B., 4. Forts. 1912—23, Bern 1924.

Blonay: Code pénal du Canton de Vaud, suivi du Code pénal fédéral, Edit. revue et annotés.

Blumer: Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien, I. und II. Teil, 1850.

Bluntschli: Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt- und Landschaft Zürich, Bd. I und II., Zürich 1856.

Buri: Entwurf eines Strafgesetzbuches, von 1856, mit Motivenbericht.

Ebner: Die Notwehr im schweiz. Strafrecht, Berner-Diss. 1926.

Erlanger: Materiell rechtliche und prozessuale Bedeutung des § 213 des R. Str. G. B., Diss. Breslau 1903.

Entwurf: eines Strafgesetzbuches für die Republik Bern, von 1839;

— eines schweiz. Strafgesetzbuches, vom 23. Juli 1918.

Forrer: Der Raufhandel im schweiz. Strafrecht, Zürcher-Diss. 1929.

Gabuzzi: il progetto di codice penale svizzero, in Repertitorio di giurisprudenza partia, Bellinzona 1903.

Gerichtssatzung: die Stadtsatzung von Bern, von 1539, in Welti, die Rechtsquellen des Kantons Bern, 1. Bd., Aarau 1902.

— Vernüwerte der Stadt Bern, Bern 1615.

— Verkürtzte, der Stadt Bern, samt einem Gerichtsbüchlein, Bern 1721.

— Erneuerte, vor die Stadt Bern und Derselben deutsche Städte und Landschaften, Bern 1768.

Hafter: Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, allg. Teil, Berlin 1926.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I 1811, II. 1887 und Bd. II bes. Teil 1884.

His: Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, München 1928.
— Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, I. Teil, Leipzig 1920.
Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts, III. Bd., Berlin 1874.
Huber: Die Satzungsbücher der Stadt Bern, 1875, in Z. B. J. V., Bd. 10, N. F.
Koch: Hals- oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Carls V., Marburg 1824.
Krebs: Straf- und Strafprozeßgesetze für den Kanton Bern, I. Strafgesetze, 3. Aufl. 1930.
Kriegsmann: Mittäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach, Breslau 1907.
Levita: Das Recht der Notwehr, Gießen 1856.
Liepmann: Die Beleidigung, in vgl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 4, Berlin 1906.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21—22. Aufl., Berlin und Leipzig 1919.
Marti: Der Raufhandel, Berner-Diss. 1891.
Meier: Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiete der heutigen Schweiz. Diss.-Bern, 1910/11.
Meyer-von Schauensee: Die wissenschaftliche Bedeutung des neuesten schweiz. Str. G. Entwurfes, in Gerichtssaal, Bd. 86.
— Strafzumessung und Strafmilderung, in Z. f. schw. Str. R., Bd. VII, 1894.
Motris: Geschichte und System der mildernden Umstände, Berlin 1887.
Mutach: Substanzlicher Unterricht von Gerichts- und Rechtssachen, Bern 1709.
„Neue Zürcher Zeitung", vom 7. Dez. 1898 (Meyer-von Schauensee).
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. und 2. Band, Berlin 1900 und 1901.
Osenbrüggen: Das alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter, Schaffhausen 1860.
— Die Teilnahme am Verbrechen nach dem altdeutschen Recht, in Z. f. deutsches Recht, Bd. 18.
— Der Urhab oder Anlaß, in Z. f. deutsches Recht, Bd. 20.
— Der Hausfriedensbruch, Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte, Erlangen 1857.
Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., Ausg. J. Kohler und W. Scheel, Halle 1900.
Pfenninger: Das Strafrecht der Schweiz, Berlin 1890.
Pfotenhauer: Beitrag zur Geschichte der Strafrechtsgesetzgebung im Kanton Bern, Z. f. vaterländisches Recht, Bd. 14.
— Entwurf eines Strafgesetzbuches, vom 18. Sept. 1852.
Protokoll: der 2. Expertenkommission, April 1912, Bd. I.
— der 2. Expertenkommission, Sept. 1912, Bd. II.
v. Rodt: Bern im XVII. Jahrhundert, Bern 1903.
Rosenfeld: Strafzumessung, in vergl. Darstellung des deutschen und ausländ. Strafrechts, allg. Teil, III. Bd., Berlin 1908.
Sarauw: Die Tätlichkeit als Begriff und als strafrechtlicher Tatbestand, Zürcher-Diss. 1913.
v. Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin und Leipzig, 1928.
Segesser: Stadt- und Rechtsgeschichte der Stadt Luzern.

Stettler: Staats- und Rechtsgeschichte des Kt. Bern, Bern und St. Gallen 1845.
— Versuch zu einer geschichtlichen Entwicklung der Gerichtsverfassung im Kanton Bern, Bern 1842.
Stooß: „Bericht" 1901 über den Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission 1899—1901.
— Grundzüge des schweiz. Strafrechts, 1893, Bd. I und II.
— Schweiz. Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, 1894.
— Strafgesetzbuch für den Kanton Bern, vom 30. Januar 1866.
— Textangabe, Bern 1885.
Vorentwurf: zu einem schweiz. Str. G. B., allg. Teil, C. Stooß, Basel und Genf 1893;
— zu einem schw. Str. G. B., nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896;
— zu einem schweiz. Str. G. B., Juni 1903;
— zu einem schweiz. Str. G. B., neue Fassung der Expertenkommission, April 1908;
— zu einem schweiz. Str. G. B., Fassung vom August 1915;
— 2. Beilagenband zum Protokoll der 2. Expertenkommission;
— zu einem schweiz. Str. G. B., von 1916.
Walther: Versuch zur Erläuterung der Geschichten des vaterländischen Rechts, Bern 1765.
Welti: Die Rechtsquellen des Kantons Bern, I. Bd., Aarau 1902.
Zeerleder: Festschrift zur VII. Säkularfeier der Gründung Berns, Bern 1891.

Abkürzungen

B. H.:	Berner Handveste, von 1218.
C. C. C.:	Constitutio Criminalis Carolina.
D. J. Z.:	Deutsche Juristenzeitung.
E.:	Entwurf eines schweiz. Strafgesetzbuches, von 1918.
E. G. S.:	Erneuerte Gerichtssatzung, von 1761.
G. S.:	Die Stadtsatzung von Bern, von 1539.
M. B. R.:	Monatsblatt für bernische Rechtsprechung.
R. Str. G. B.:	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 1. Januar 1872.
Str. G. B.:	Strafgesetzbuch für den Kanton Bern, vom 30. Januar 1866, in Kraft seit 1. Jan. 1867.
V. G. S.:	Vernüwerte Gerichtssatzung von 1614.
Z. B. J. V.:	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
Z. f. schw. R.:	Zeitschrift für schweiz. Strafrecht.
Z. f. v. R.:	Zeitschrift für vaterländisches Recht.

Einleitung.

Die Frage, ob und wie weit auf ein provoziertes Delikt eine Strafe zu folgen hat, ist keineswegs eine solche der Gegenwart. Die Gesetzgeber aller Zeiten haben sich damit beschäftigt und zwar immer von der durchaus richtigen Erkenntnis, dem gesunden Volksempfinden ausgehend, daß eine im Affekt verübte Tat wider Leib und Leben eine mildere Strafe rechtfertige, als die vorsätzliche und mit ruhiger Ueberlegung ausgeführte strafbare Handlung. In der Volksauffassung aller Zeiten kommt zum Ausdruck, daß der Provozierte, sei er Totschläger, Mißhandelnder oder Beleidiger, strafmilderungswürdig ist, weil in ihm der Zorn ohne seine Veranlassung hervorgerufen, der erregte Geisteszustand absichtlich provoziert worden ist, wodurch dann seine Tat vom Gesichtspunkt der strafrechtlichen Schuld in ein milderes Licht gerückt wird. Es ist zweifellos nicht dasselbe, ob der Täter im Vollbesitz seiner geistigen Sinne, vorsätzlich und mit ruhiger Ueberlegung gehandelt hat, oder ob diese Ueberlegung im Augenblicke der Tat durch äußerliche, absichtlich provozierende Momente auf ein Minimum reduziert wird. Der provozierte Täter beansprucht sicherlich das Interesse des Gesetzgebers in dem Maße, daß er offenbar eine mildere Strafe als die im Gesetz für das betreffende vorsätzlich und mit Ueberlegung begangene Delikt vorgesehene verdient.

Nicht gleich, aber im Grundsatz übereinstimmend, werden die Voraussetzungen für den Strafmilderungsgrund der Provokation in den einzelnen Gesetzen und Rechtsquellen aufgestellt. Den mittelalterlichen Rechtsquellen ist der Begriff der Reizung allgemein unbekannt. Dagegen wird darunter übereinstimmend, wie im allgemeinen Teil der Arbeit zu zeigen sein wird, der Urhab, die anlässige friedensstörende Handlung verstanden. Strafmilderung, meist auch völliger Strafnachlaß wird vom objektiven Gesichtspunkt des Deliktes aus gewährt. Die provozierende Tat wird offensichtlich mehr der anlässigen Handlung von seiten des Friedensbrechers wegen, also im Lichte des besonders ausgeprägten Frie-

densrechtes, als vom heutigen strafmilderungswürdigen subjektiven Standpunkt des Provozierten aus bestraft. Daher die selbständige Bestrafung des Provokanten (Urhab), ohne Rücksicht auf seine eigenen Verletzungen.

Anders die Rechtsanschauung in den modernen Gesetzeswerken, die in besonderer Berücksichtigung des bernischen Strafgesetzbuches im speziellen Teil zum Ausdruck gelangen wird. Unter Beseitigung des mittelalterlichen Friedensrechtes wird der Schwerpunkt des Strafmilderungsgrundes der Provokation auf das subjektive Moment, den zorneserregten Affekt verlegt, und so von diesem Gesichtspunkt aus dem provozierten Täter Strafmilderung zugebilligt.

Vergleichsweise sollen noch die kantonalen Gesetzesbestimmungen herangezogen werden. Das bereits gewonnene Ergebnis findet damit nur seine Bestätigung. Auf diesem, durch die kantonalen Gesetze geschaffenen Boden fußt nun der heutige Entwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch, das, als modernstes Gesetzeswerk, die Provokation sehr weitgehend berücksichtigt.

ALLGEMEINER TEIL

Die Grundlagen der Provokation in der Geschichte des bernischen Strafrechts.

I. KAPITEL.

Die rechtsgeschichtliche Entwicklung bis Ende des Mittelalters.

---

§ 1. Ueber den Urhab im allgemeinen.

Als „Anlaß" (alem. anlaß, anfang) oder „Urhab" (orhab, orab) bezeichnet man die Veranlassung eines Streites durch Wort oder Tat. [1]) In enger Beziehung mit der Notwehr unterscheidet sich der Anlaß von dieser darin, daß er nicht begriffsnotwendig eine Angriffshandlung darstellt, und anderseits die Reaktion des Gereizten nicht in einer Verteidigungshandlung zu bestehen braucht. Während die Notwehr einen gewaltsamen, gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff voraussetzt, kann beim Anlaß der Angriff auch durch Worte, d. h. ohne Waffen erfolgen. [2]) Vornehmlich alamannische Rechte haben sich mit dem Institut des Anlasses beschäftigt und zwar gestatteten sie dem Gekränkten im weitesten Umfange sein Racherecht gel-

[1]) His, das Strafrecht des deutschen Mittelalters, S. 299; derselbe, Geschichte des Strafrechts bis zur Carolina, S. 37; Osenbrüggen, Alamannisches Strafrecht, S. 160; derselbe, die Teilnahme am Verbrechen nach dem alten deutschen Recht, in Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 18, S. 82; derselbe, der Urhab oder Anlaß, in Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. 20, S. 90 ff; Pfenninger, das Strafrecht der Schweiz, S. 52 ff.

[2]) His, Strafrecht, S. 214; Pfenninger, a. a. O. S. 54.

tend zu machen und seine Ehre zu verteidigen. Mit zunehmender Stärkung der Staatsidee mußte notgedrungen das persönliche Rachegefühl des Verletzten, das noch bis Ende des Mittelalters in der Blutrache [1]) seine Genugtuung fand, eingedämmt und ihm zum mindesten eine gesetzliche Schranke geboten werden. Eine Verletzung des „handhaften Friedbrechers", die ursprünglich erlaubt und immer vorkam, blieb nicht mehr unbestraft, fand aber in den Rechtsquellen schon einen Strafmilderungsgrund.

Es ist bezeichnend, daß in frühester Zeit nicht nur die Blutrache als Familienpflicht von der Obrigkeit geschützt wurde, sondern auch die Satzungen über Notwehr und Raufhandel der Ehre des wehrhaften Mannes Rechnung trugen und jeder Kränkung derselben Genugtuung verschafften, dadurch, daß der Verletzende entweder straflos ausging, oder wenigstens nur milde bestraft wurde. Eine Stelle in der Berner Gerichtssatzung von 1614 (Tit. XIX. 5) besagt dies treffend mit den Worten: „Wer jemand mit Wercken zu einem Fräffel antreibt, daß der Angeschuldigte seiner Ehre halben nicht für kann, dann daß er den Anreitzer schlagt, wundet oder andere Gewalt an seinem Leib beschädigt, solle derselbige ledig seyn und dieser für den Täter leisten und Buß geben". Wie bereits hier sich erkennen läßt, wird nur der Angreifer bestraft, und der Täter, „der seiner Ehren halben" sich zu Schlägen oder Scheltworten hat hinreißen lassen, geht straflos aus. [2]) Der Streitveranlasser hat zudem neben den eigenen sühnelosen Verletzungen zur Strafe noch die Bußleistung des Angegriffenen auf sich zu nehmen. In besonders schweren Fällen (Tot-

[1]) Osenbrüggen, Alam. Strafrecht, S. 23 ff.

[2]) So heißt es in einem Weistum aus dem Thurgau: „Welcher den Urhab tut, der sol beid buße geben." His, Strafrecht S. 213. Indem nun His weiter fortfährt und sagt, man habe die Tat auf jeden Fall strafen wollen, habe sich jedoch nur davor gescheut, den Herausgeforderten für seine Handlung strafbar zu machen, so scheint diese Argumentation nicht ganz zutreffend. Die Bestrafung des Urhabs erfolgte nämlich, wie wir später noch sehen werden, einzig und allein vom Gesichtspunkt des Friedensbruches, der Verteidigung der Ehre des ehrhaften Mannes aus. Für alle Handlungen, die geeignet waren, den öffentlichen oder privaten Frieden zu brechen, mußte der Friedensbrecher schwere Buße tun. Wenn er zudem seine eigenen Wunden nicht rächen konnte, so hatte er dies allein dem Rechte des Angegriffenen, der sich auf widerrechtlich erfolgte Angriffe verteidigen durfte, zuzuschreiben, dem man nicht zumuten konnte, den Angriff auf sich zu nehmen, ohne sich zur Wehr zu setzen. Dem schuldlos in seinem Frieden Gestörten stund eben das Recht zu, sich zu wehren oder dann zu klagen, wobei im letzteren Fall die schwere Strafdrohung den Schuldigen auch traf.

schlag) wird aber immerhin eine Ersatzstrafe in Form der Hälfte der ordentlichen Wehrgeldsumme vorgesehen. Manche Rechtsquellen beschränken dagegen die Straflosigkeit des Provozierten auf den Fall, daß der Provokant ein junger Mann, ein Gast oder eine andere nicht für voll zurechnungsfähig angesehene Person ist.

Daß sich bereits friesische und niederdeutsche Quellen mit dem Urhab beschäftigen, weist His [1]) nach, indem dort besonders von „Herbeiholen des Streites" die Rede ist. Oberdeutsche Rechte berichten vom Veranlasser (Provokant), er habe „den Streit an den andern gebracht". Der Angreifer einer Person, welcher „freventlich" den Frieden stört, wird mit großer Strenge bestraft. [2]) So behandeln alte kantonale Rechtsquellen den Angriff, das Anlaufen, das Herausfordern, den Anlaß durch Worte oder Werke, durch Griff an das Gewehr usw. als selbständige und wichtige Delikte, als Ausfluß des weitgehenden Friedensrechtes. Das Hauptbestreben dieses das alte Recht durchdringenden und charakterisierenden Friedensrechtes ging dahin, jeglichen Anlaß zu Streitigkeiten wenn möglich zu verhüten. [3]) Daher finden sich in den Rechtsquellen schon Strafen für ganz geringfügige friedensstörende Handlungen. Die Bestrafung erfolgt hier einzig vom Gesichtspunkt der „anlässigen und friedensstörenden Eigenschaft" [4]) dieser Handlungen aus. So bestimmt schon eine alamannische Quelle: [5]) „Si quis intra bannum burgi aliquem bugensium armata nudum invaserit, sive percutiat sive non, gratia nostra carebit". Die Glarner Landsatzung von 1387 in § 14: „Wer daz ieman den andern mit gewaffneter Hand anlouffet ald über den andern tringet, der git ein pfund pfenning ze buosse an gnad", ferner Zug, 1432, § 29: „Wer aber über den andern tringet freventlich mit gewaffneter Hand als den andren schlecht und in nit bluotruns noch hertfellig machet, der ist dem Sechen verfallen 9 Sch. den und dem Ammann drifeltig buß uff Gnad ob es klagt wurde". Die Absicht der zugerischen Obrigkeit ging wohl dahin, den Angriff mit gewaffneter Hand strafbar zu erklären. Ob dabei der Gesetzgeber bereits an

---

[1]) His, S. 214.

[2]) His, Geschichte des deutschen Strafrechts, S. 38: Bereits ein Gesetz Ludwig des Frommen nimmt bei Totschlag in der Kirche darauf Bedacht, ob der Totschläger selber den Streit begonnen hat oder nicht.

[3]) Pfenninger, a. a. O. S. 27.

[4]) Pfenninger, a. a. O. S. 29.

[5]) Osenbrüggen, der Urhab oder Anlaß, S. 90.

einen Versuch einer strafbaren Handlung gedacht hat, ist mit Osenbrüggen[1]) zu bezweifeln.

Die rechtliche Bedeutung des Anlasses oder Urhabs in den mittelalterlichen Rechtssatzungen liegt somit, wie gezeigt, in der umgekehrten Straffolge für friedensbrechende, anlässige Handlungen. Während allgemein bei einer Verletzung der Verletzende Strafe zu gewärtigen hat, wird hier durch den besondern Umstand des Anlasses der Angegriffene durch Straflosigkeit privilegiert, unter Umständen dem Provokanten neben seinen ungesühnten Verletzungen noch eine Buße aufgebürdet. Die gesunde Rechtsauffassung, den Provozierten, dem man nicht zumuten konnte, Tätlichkeiten sich gefallen zu lassen, ohne sich zur Wehr zu setzen, tritt in den schweizerischen Rechtsquellen besonders stark hervor und bildet die Richtlinie in den später zur Ausgestaltung folgenden Urhabsbestimmungen.[2]) Insbesondere können wir dies in den bernischen Rechtsquellen konstatieren, wo das Friedensrecht und mit diesem auch der Urhab von jeher größte Bedeutung und gesetzgeberische Würdigung erlangt hat. Die in den bernischen Gerichtssatzungen an sich immer klare und eingehende Regelung der friedensrechtlichen Bestimmungen findet ihre ursprüngliche Ausgestaltung in der für das bernische Recht überhaupt grundlegenden ersten Rechtsaufzeichnung der Berner Handveste aus dem Jahre 1218. Wir widmen uns dieser im nachfolgenden Abschnitte.

§ 2. Die grundlegenden Bestimmungen über den Urhab in der Berner Handveste.

I. Die älteste Rechtsaufzeichnung der Stadt Bern „in Burgunden", allgemein unter dem Namen „Handveste", goldene Bulle, aurea bulla, bekannt, reicht nicht weit in das 13. Jahrhundert zurück. Das heute noch vorhandene Original datiert sich selbst vom 15. April 1218, während genauere Forschungen im vergangenen Jahrhundert mit Sicherheit nachgewiesen haben, daß die Handveste wenigstens in der Form, in welcher sie noch heute im bernischen Staatsarchiv aufbewahrt wird, zwischen dem 29. Septem-

---

[1]) Osenbrüggen, a. a. O. S. 89, ferner in ähnlicher Weise in den Urkantonen, vgl. Segesser, Stadt- und Rechtsgeschichte der Stadt Luzern, S. 677, Bd. II.

[2]) Vgl. auch das rechtliche Verfahren hiezu in den Waldstätten: Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien, Bd. II, S. 15.

ber 1273 und 15. Januar 1274 abgefaßt worden sein muß.[1]) Die Urkunde enthält erwiesenermaßen kein willkürliches Recht. Sie kodifizierte nur das früher schon von Rechts wegen oder tatsächlich bestandene, geschriebene oder ungeschriebene Recht. Man geht daher nicht fehl, wenn man behauptet, die Handveste, die im Jahre 1274 durch König Rudolf I. bestätigt worden ist, habe bereits vor diesem Datum rechtliche oder tatsächliche Geltung besessen.[2])

Wie das bei den damals deutschen Reichsstädten nicht selten der Fall war, hatte auch das noch junge reichsunmittelbare Bern kein eigentliches Strafrecht für die Stadt aufgestellt, und zwar deshalb nicht, weil das allgemeine deutsche Landrecht, das durch Gewohnheit aus Weistümern und Reichsgesetzen geformt und in Rechtsbüchern dargestellt wurde, in der Stadt Bern zu Anfang ihrer Existenz noch als das „ordentliche und gemeine Recht Deutschlands" ebenfalls zur Anwendung gelangte.[3]) Erst allmählich mit territorialer Machtentfaltung und strafferer polizeilicher Organisation dachte Bern daran, sich auch auf dem Gebiete des Rechtes unabhängig zu machen und sich ein eigenes geschriebenes Recht zu geben. Hiezu dienten ihm als Beispiel die Rechtsbücher der Schwesterstadt Freiburg i. Br.,[4]) die wiederum kölnischem Muster nachgebildet sind.

Die Berner Handveste befaßt sich ziemlich eingehend mit der strafrechtlichen Behandlung der Körperverletzung und Tötung im Raufhandel.[5]) Bei jedem der innerhalb der Stadtgrenze ausgebrochenen Streite wird, gemäß dem von der Rechtsordnung streng verfolgten Ziel, die friedens- und ruhestörenden Handlungen streitender Personen im Keime zu ersticken, vom Schultheiß, später durch die Polizeiorgane nach dem Urheber des Streites geforscht, welche versuchen, denjenigen, der den „andern mit Worten oder Werken gereizt und so den Handel verursacht hat", mit Buße zu bestrafen. Hiebei bestimmt Art. 34, § 1 der B. H.: „Si

---

[1]) Zeerleder, Festschrift zur VII. Säkularfeier der Gründung Berns; Huber Eugen, die Satzungsbücher der Stadt Bern, S. 90.

[2]) Huber, a. a. O., S 99 ff.: Welti, die Rechtsquellen des Kantons Bern, Band I, Einleitung. Welti hat in seiner Einleitung die Gründe ausführlich dargetan, welche mit Sicherheit auf eine formelle Unechtheit der Urkunde schließen lassen.

[3]) Zeerleder, a. a. O. S. 59; Walther, Versuch zur Erläuterung der Geschichten des vaterländischen Rechts, Bern 1765, S. 81.

[4]) Walther, a. a. O. S. 86.

[5]) Zeerleder, a. a. O. S. 68.

duo burgenses inter se rixati in civitate invicem depilaverint aut percusserint qui Testibus convictus fuerit fuisse auctor emendabit Sculteo III es libras et III es conquerenti. Alter non emendabit". Der Auktor wird somit zu einer zweifachen Buße verurteilt: drei Pfund hat er dem Richter wegen Verletzung der allgemeinen Sicherheit der öffentlichen Ordnung und drei Pfund wegen Verletzung der privaten Rechtssphäre des Angegriffenen zu entrichten oder, wie Walther[1]) treffend ausführt: „der Schuldige muß durch zwei Geldbußen sowohl den öffentlichen Frieden vom Richter, als auch den Privatfrieden vom Beleidigten erkaufen". Der durch Zeugen überführte Urheber eines Streites ist somit allein für den dem Verletzten zugefügten Schaden verantwortlich und wird diesem, wie dem Richter gegenüber bußpflichtig. Die Quelle spricht im obigen Falle ausdrücklich von percutere und depilare seitens des Auktors. Liegt nun in einem konkreten Falle eine Verwundung (vulnerare) vor, dann werden die Art. 28, 30 und 31 angewendet, welche die allgemeinen Grundsätze über Totschlag und Wundtat zwischen Burgern aufstellen. Treffen diese Bestimmungen zu, so fällt auch das Recht des Urhabs nicht in Betracht, sondern einzig dasjenige der Notwehr. Diese ist zwar der B. H. der Bestimmung nach unbekannt, dürfte aber trotzdem, wie Zeerleder[2]) annimmt, mit der subsidiären Geltungskraft des Landrechtes Berücksichtigung beansprucht haben. Man könnte nun hinsichtlich dieses Punktes mit Recht von einer Lücke im Gesetz sprechen, wenn in Streitfällen zwischen Burgern, in denen der Auktor verletzt oder getötet wurde, das Recht des Urhabs nicht Anwendung finden sollte. Es scheint jedoch, daß ein Bedürfnis zur gesetzlichen Regelung dieses Falles nicht vorgelegen hat, während dagegen, nach dem Gesetzestexte zu schließen, Streitigkeiten, in denen ein Fremder Beteiligter war, häufiger Anlaß zu obrigkeitlichem Einschreiten gegeben haben werden.[3]) Dies ist nun ohne weiteres begreiflich bei der relativ kleinen Bevölkerungszahl der Stadt mit Rücksicht auf den regen Handels- und Fremdenverkehr derselben.

---

[1]) Walther, a. a. O. S. 250.

[2]) Zeerleder, a. a. O. S. 62.

[3]) Das Recht des Urhabs in einem Raufhandel mit tödlichem Ausgang hat nun aber schon früh, wie aus einem Weistum an Laupen vom 7. März 1313, F. IV, pag. 541 hervorgeht, Eingang gefunden, darnach der Provozierte nur mit drei Schillingen bestraft wird (Zeerleder, a. a. O. S. 69, Art. 37 B. H. trifft eine ähnliche Regelung).

Die B. H. geht in der Frage nach dem Urhab aus von der Herkunft der am Streite beteiligten Parteien und unterscheidet zwischen Burgern und seßhaften Gästen (Quicumque hospes in urbe residet . . . ille debet omne ius burgensis sicut alter burgensis habere . . .) einerseits und Fremden andrerseits.

a) Sind Burger (oder hospites commorantes) die Streitparteien, dann bezahlt der Urhab:

1. bei Raufhändel innerhalb des Stadtgebietes dem Kläger und dem Richter 3 Pfund (Art. 34, § 1);
2. bei Raufhändel außerhalb der Stadt, dem Richter 3 Pfund, dem Kläger dagegen nichts (Art. 35, § 1): Sie duo burgenses amici urbem exierint et invicem altercati invicem depilaverent aut percusserint qui testibus convictus fuerit auctor fuisse emendabit Sculteo III es solidos, alter non.
   § 2 desselben Artikels geht dann soweit und erklärt den Urhab straflos, wenn die Parteien durch ihre Nachbarn versöhnt worden sind, bevor die Sache dem Richter zu Ohr gekommen ist. Mit bloßem Klagerückzug kann dagegen die Angelegenheit, ohne entsprechende Zustimmung des Richters, nicht mehr beigelegt werden. Der Freiburger Stadtrodel, dem übrigens die Bestimmung des Art. 35 entnommen ist, enthält noch den Fall, daß, wenn zwei streitende Burger aussöhnungslos geschieden werden und hernach der eine den andern, bevor sie wieder in die Stadt zurückkehren, angreift, der Angreifer dann gleich bestraft werden soll, wie wenn der Streit in der Stadt erfolgt wäre.[1])

   Es handelt sich bei diesen Streitigkeiten zwischen Burgern, wie ersichtlich, nur um unbedeutende, die körperliche Integrität der Person nicht verletzende Fälle.

b) Streitigkeiten zwischen Burgern und Fremden:

1. Ist der Fremde außerhalb der Stadt von einem Burger geschlagen worden, so bleibt ihm sein Klagerecht in der Stadt versagt (Art. 35, § 1). Zum Wohl der Burgerschaft tritt der Stadtrichter auf seine Klage gar nicht ein. Es wäre nun allzu hart, wenn der Fremde außerhalb der Stadtgrenze dem Burger schutzlos preisgegeben wäre. Es ist daher anzunehmen, daß dieser sich allenfalls beim Gerichtsherrn des Streitortes, sofern

[1]) Walther, a. a. O. S. 256.

derselbe auf eine Klage gegen einen Bern-Burger eintreten wollte, beschwert haben wird. Für den Fremden wird letzten Endes doch immer noch das beste gewesen sein, sich so gut wie möglich gegen den „immunen" Burger zur Wehr zu setzen.[1]) Dies alles natürlich immer vorausgesetzt, daß der Burger der Urhab im Streite gewesen ist. Anders dagegen, wenn

2. der Burger von einem Fremden außerhalb der Stadt „bedrängt oder verwundet" worden ist (Si vero civis extra urbem ab extraneo fuerit agitatus aut vulneratus). In diesem Falle wird gegen den Urhab streng verfahren. Wenn dieser das Stadtgebiet betritt, kann ihn der Burger gefangennehmen und sich unter vorheriger Anzeige an den Richter an ihm rächen.

Eine Rechtsordnung mit solchen Satzungen bedeutet begreiflicherweise für den Fremdling einen harten Schlag. Diese Rechtsauffassung ist nur erklärlich durch eine von Alters her überlieferte Auffassung, daß eben der Fremde überhaupt nicht oder nur in beschränktem Umfange als Rechtssubjekt gilt.[2]) Eine vollständige Rechtsgleichheit kennen auch jüngere Rechtssatzungen noch nicht. Immerhin sind merkliche Ansätze eines Rechtsausgleiches in dieser Beziehung bereits in der B. H., in Abweichung herrschender Anschauung, zu konstatieren, wenn

3. der Streit sich innerhalb des Stadtgebietes abgespielt hat. In diesem Falle bleibt auch der Burger nicht straflos, trotzdem er (vielleicht durch Zeugen) zu beweisen vermag, daß der Fremde der Urhab gewesen ist. Und gerade dieser Umstand kommt ihm zustatten, andernfalls er die Strafe als Missetäter oder Totschläger gleichwohl zu erleiden hätte. In Art. 37 ist dieser Grundsatz wie folgt ausgesprochen: „Si aliquis hospes burgensem in tantum verbo vel opere p r o v o c e t utipsum in Civitate percutiat aut vulnerat, et probare potest quod hospes auctor fuerit per testes ydoneos: si lesus evaserit, emendabit ei III solidos. Si autem mortus fuerit emendabit III es libras heredi conquerenti et III es judici Civitatis". In prägnanter Ausdrucksweise gibt die zu Beginn des 14. Jahrhunderts[3]) verfaßte

---

[1]) Zeerleder, a. a. O. S. 69 bringt erstmals diese Argumentation.
[2]) v. Schwerin, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. 1928, S. 13.
[3]) Welti, a. a. O. Bd. I, Einleitung L. IX.

älteste deutsche Uebersetzung der B. H. [1]) den Sinn wieder mit den Worten: Vnd ist daz, daz daheim gast old vsman bereichet mit worten old werken an ein burger, daz er in in der stat slat old in verwundet, vnd mag der burger bezugen, daz dez gastez vnd dez vsmans der vrhab waz und er geniset, so sol er buzzen dri schillinge, stirbet aber er, so sol er buzzen dri pfunt dez klegerz erben, vnd dri pfunt dem schuldheitzen".

Es ist dies, wie bereits oben erwähnt, der einzige Fall, wo in der B. H. Provokation bei Streitigkeiten mit schlimmerem Ausgang Berücksichtigung findet und hier auch nur, wenn nachgewiesenermaßen der Fremde der Urhab gewesen ist. Der Burger genießt in diesem Fall gegenüber dem Fremden und Urhab weitragende Vorteile, die ihm vor allem beim provozierten Totschlag zustatten kommen, indem er sich hier von der in Art. 28 fixierten Strafe durch eine niedrige Geldbuße loskaufen kann. Ein Teil dieser Leistung fällt alter Gewohnheit gemäß dem Richter, der andere den Erben des Getöteten zu. Voraussetzung für diese dem Burger so günstige Regelung ist die durch Zeugen nachzuweisende Reizung seitens des Fremden. Der in Art. 37 aufgestellte Grundsatz bildet für die Folge in seiner Gestalt die tatsächliche Grundlage aller später kommenden Bestimmungen über Urhab, Provokation im eigentlichsten Sinne. Die Buße ist in diesem Rahmen durchaus generell gehalten, eine Verfeinerung der Ersatzpflicht im Sinne einer Abstufung hinsichtlich der Schwere des Verbrechens ist unserer Rechtsquelle unbekannt. Die Bußleistung hat bei Körperverletzung eher den Charakter eines Schmerzensgeldes, während sie bei Todesfall vielmehr die Funktion des Ersatzes zu erfüllen scheint. [2])

Anhang:

In analoger Weise sind die in den Art. 34—37 der B. H. geregelten Bestimmungen enthalten in den Art. 46—50 des Stadtrodels von Freiburg i. Br., der zugleich mit dem ältesten freiburgischen Freiheitsbrief als integrierender Bestandteil unserer Rechtsquelle zu betrachten ist. [3]) Art. 48 des Stadtrodels weist gegenüber Art. 35 B. H. insofern eine Aenderung auf, als er den Urheber

[1]) Welti, S. 16.

[2]) His, Strafrecht, S. 596.

[3]) König, P. G., Beitrag zur bernischen Rechtsgeschichte, in Zeitschrift für vaterländisches Recht, Neue Folge, Bd. I, S. 2.

eines Streites zwischen zwei Burgern außerhalb der Stadt mit drei Schillingen büßen läßt und zwar nicht nur im Fall der Verwundung, sondern auch bei Tötung. Es muß sich hier offenbar, wie Zeerleder[1]) richtig bemerkt, um eine Mißschreibung handeln, die vom bernischen „Kompilator" bemerkt worden sein muß, denn die Bestimmung figuriert in der B. H. nicht mehr. Anders vermag man es sich sonst nicht zu erklären, warum der Urhab, resp. dessen Erben, nachdem er im Streite getötet worden ist, noch eine Buße hiefür bezahlen sollten.

II. Die B. H. stellt ferner eine Sanktion auf gegen das Delikt des Hausfriedensbruches. Gewisse Sachen und Orte sind, uralter germanischer Sitte gemäß, gegen äußere Gefahr gesichert worden. Dazu gehören die öffentlichen Gebäude, Kirchen usw., bekannt unter dem Namen Burgfrieden, Städte unter dem Namen Weichfrieden, Wohnstätten der Burger, bezeichnet als Hausfrieden. Das unbefugte, gewalttätige Betreten des Wohnraumes eines Mitbürgers wurde von jeher mit strengen Strafen geahndet. Das Haus des Burgers ist ein Asyl nicht nur für ihn und seine Angehörigen, sondern auch für den Gast. Der Burger kann sich gegen jede „Heimsuche" zur Wehr setzen und nötigenfalls Gewalt anwenden, um den Heimsucher zur Umkehr zu bringen. Selbsthilfe und Notwehr sind in diesem Fall in weitestem Maße erlaubt und straflos. Der Friedensbrecher hat seinerseits zur Strafe allen ihm zugefügten Schaden und Nachteil[2]) sühnelos an sich selbst zu tragen.

Die B. H. umschreibt die Heimsuchung in Art. 27 wie folgt: „Si quis burgensem in domo propria et area die vel nocte quesierit aut invaserit, quicquid et ibidem fecerit sine omni satisfactione evadet et ille dampnum suum et confusionem protabit".[3]) Wenn wir den Heimsucher mit dem Urhab in Parallele setzen, so geschieht dies aus dem Grunde, weil in beiden Fällen die Bestrafung vom gleichen Gesichtspunkte aus erfolgt, nämlich der friedensstörenden und friedensbrechenden Handlung wegen. Wie schon aus dem Wortlaut des Begriffes hervorgeht, wird der Burger bei der Heimsuche in seiner häuslichen Ruhe gestört, was zur Folge hat,

[1]) Zeerleder, a. a. O. S. 70.

[2]) Walther, a. a. O. S. 225.

[3]) In einer eingehenden Arbeit, das Recht der Notwehr, S. 106, stellt Levita in dieser Materie rechtsvergleichend die Stadtrechtsquellen von Freiburg i. Br. und Freiburg im Uechtland gegenüber, die im Prinzip ebenfalls die gleichen Sanktionen getroffen haben.

daß ihm jede Maßnahme zur Beseitigung der betreffenden Handlung erlaubt ist. Ueber die weitere Bedeutung des Hausfriedensbruches, soweit dieser für den Urhab nicht von Belang ist, sei auf Zeerleder[1]) verwiesen.

III. Eine Herausforderung, im weitesten Sinne Provokation, stellt das Recht des Zweikampfes dar, wie es in den Art. 30, 31 und 32 B. H. ziemlich eingehende Regelung gefunden hat. Die Tatsache, daß dieses Zweikampfrecht so ausführlich behandelt wird, beweist vor allem, wie sehr diesem Institut von Gesetzes wegen besondere Beachtung entgegengebracht wird. Darnach steht jedem Burger das Recht zu, gegen den Totschläger, der einen Burger innerhalb der Stadtgrenze getötet hat, Klage zu erheben, oder wenn der Beklagte die Tat leugnet, ihn zum Zweikampf zu fordern (Art. 30),[2]) d. h. ihn dadurch die Unschuld mit diesem Gewaltmittel beweisen zu lassen. Die Forderung zum Zweikampf wird immer dann jedes Burgers Recht gewesen sein, wenn der Getötete keine Angehörigen hinterlassen hat, oder wenn die Tat an öffentlichem Orte erfolgte. Abgesehen vom Totschlag ist die Herausforderung zum Zweikampf gestattet, wenn jemand zur Nachtzeit in der Stadt freventlich angegriffen oder verwundet worden ist (Art. 31).

Unterliegt nun im stattgefundenen Zweikampf der Angeschuldigte (Herausgeforderte), dann hat er, wenn die Herausforderung wegen einer Verletzung erfolgte und er somit der Schuld überwiesen ist, die Hand verwirkt. Wird dagegen der Herausforderer besiegt, dann hat dieser jedes einzelne Stück seiner Waffen, die er auf sich getragen hat, mit drei Pfund abzulösen. Wird im andern Fall jemand wegen Mordverdacht herausgefordert und unterliegt der Herausgeforderte im Zweikampf, dann hat er, dadurch der Tat überwiesen, den Kopf verwirkt; siegt aber dieser, so hat der Herausforderer die Hand verwirkt (Art. 32). Die Herausforderung zum Zweikampf ist in diesem Fall der besondern Natur der Provokation insofern entkleidet, als hier der mit ihr verfolgte Zweck, nämlich

---

[1]) Zeerleder, a. a. O. S. 60, dazu Osenbrüggen, Alam. Strafrecht, S. 357; ferner derselbe: Hausfriedensbruch, ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte, Erlangen, 1857.

[2]) Wie Opet, die Popularklage der Berner Handveste in Z. f. schw. Str. R., Bd. VII, S. 16 nachweist, ist die Popularklage immer seltener ausgeübt worden. Sie führte vom Privatanklageprinzip über zum Offizialprinzip (S. 39 ff.), was durchaus eine folgerichtige Erscheinung war.

die endgültige, durch das Mittel der physischen Gewalt zu erreichende Entscheidung in der Frage nach der Schuld des Angeschuldigten, ein anderer ist, und daß ferner der Zweikampf ebenfalls nicht, wenigstens so, wie ihn das Gesetz kennt, den Charakter eines persönlichen, provozierenden Angriffes aufweist. Der Zweikampf wird doch bekanntlich mit allen Regeln der Waffenkunst, bei klarster Ueberlegung ausgefochten, während das letztere Moment bei der Provokation vollständig fehlt. Dessen ungeachtet ist das Recht des Zweikampfes in diesem Zusammenhang zu erwähnen, um bereits hier zwischen den beiden Begriffen eine Grenze zu ziehen.

Daß zudem das Recht des Zweikampfes und mit ihm andere Gottesurteile überlebt waren und ihrer Ungerechtigkeit wegen außer Gebrauch kommen mußten, geht deutlich aus der Tatsache hervor, daß die Gerichtssatzung vom Jahre 1539 dieses Institut nicht mehr aufgenommen hat.

IV. Aus der B. H. geht, überblickend, das deutliche Streben nach einer gewissen Sichtung des Stoffes hervor, im Gegensatz zu den andern Handvesten zähringischen Ursprungs, wie der von Freiburg i. Br. und Freiburg i. Ue.[1]) Die Strafbestimmungen der B. H. werden in einem Abschnitt zusammengehalten, beginnend in Art. 26 mit dem Anlauf in der Stadt und endigend in Art. 37 mit dem Urhab zwischen Burgern und Fremden in der Stadt. Hauptgegenstand bilden die Satzungen über Zweikampf (Art. 30—32) und Urhab (Art. 34—37). Wohl nicht alle diese Bestimmungen werden häufig zur Anwendung gekommen sein. Einige haben sich mit den Jahren überlebt und sind späterhin in der Rechtsgeschichte nicht mehr erwähnt worden. Das will natürlich nicht heißen, daß dieselben im Jahre 1218 wertlos gewesen seien, im Gegenteil haben sie ihre Geltung nur deshalb eingebüßt, weil sich die Rechtsanschauung im Laufe der Zeit geändert hat.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die B. H. mit ihren Satzungen dem bürgerlichen Rechtsleben sichtlich Rechnung getragen hat, was besonders deutlich in den Bestimmungen über den öffentlichen Frieden, der ungestörten Ruhe und Ordnung unter den Burgern zum Ausdruck gelangt. Sie läßt schon jetzt als grundlegende bernische Rechtsquelle dem Friedensbrecher (Urhab) keine Möglichkeit offen, sich zu verteidigen, privilegiert im Gegenteil den in sei-

[1]) Eugen Huber, a. a. O. S. 102.

ner Rechtssphäre Gestörten durch Straflosigkeit (wenigstens zum Teil) für die dem Urhab zugefügten Verletzungen. Die Tragweite des nunmehr im bernischen Strafrechte zur Entwicklung gelangenden Grundsatzes der Provokation, die Urhablehre liegt in dieser Rechtsquelle begründet.

V. Anhang:

Zweifellos dürfte der Satzung 8 des Satzungsbuches der Stadt Bern [1]) für die Rechtsprechung in den Fällen von Provokation bei Totschlag grundsätzliche Bedeutung zukommen. Darnach behält sich die Stadt das Recht vor, zu richten „nach unser handvesti vnd als unser statt recht und gewohnheit ist. Doch beheben wir uns selben gnad vor, was nit an den lips gat, und ouch die, so gnad beschech an unsrem herren dem keyser, . . .“ Einige der im 14. und 15. Jahrhundert entstandenen und für das Institut des Urhabs bedeutungsvolle Satzungen sind später in die kodifizierte Stadtsatzung vom Jahre 1539 aufgenommen worden, von welcher im folgenden Kapitel zu sprechen sein wird.

---

2. KAPITEL.

Die strafrechtliche Bedeutung des Urhabs in der Gerichtssatzung der Stadt Bern von 1539.

§ 3. Einleitende Bemerkungen.

Dem Beispiel anderer Städte in jener Zeit folgend, [2]) erließ Bern auf Beschluß des Rates und der Sechszehner vom 18. April 1539 eine Kodifikation seiner bisher gegoltenen Satzungen, versehen mit den der Zeit entsprechenden Ergänzungen und Verbesserungen, das ganze ein Werk des damaligen Gerichtsschreibers Hans von Rütti. [3]) Diese Gerichtssatzung (im Folgenden als G. S. bezeichnet) versucht erstmals eine Gruppierung des Rechtsstoffes nach bekann-

[1]) Welti, a. a. O. S. 33.

[2]) Freiburg i. Br. kodifizierte sein Recht bereits im Jahre 1530, vgl. Huber, a. a. O. S. 117.

[3]) Huber, a. a. O. S. 118.

ten Mustern vorzunehmen. Der 4. Hauptabschnitt behandelt das Strafrecht („Straffen der begangnen fräfflen"), eingeleitet im fünften Untertitel, „durch welchen, wie und was gstalt die freuenheiten in der statt Bern und derselben gricht begangen, sollent rechtlich geuertiget werden". Darin sind nicht weniger als sechs Artikel enthalten, die sich dem Urhab widmen (Art. 148—153). [1])

Der Begriff des Urhabs oder Anlasses [2]) als Veranlassung zu einem Streite durch Wort oder Tat schließt noch in der G. S. die Notwehr in sich. Die eigene Rechtsauffassung der Berner, den strafrechtlichen Schutz des widerrechtlich Angegriffenen auf die Bestimmungen des Urhab zu verlegen, der Notwehr überhaupt keine Bedeutung zu schenken, spricht für eine vermächtnisweise Uebernahme dieser Satzungen. In der Tat sind kaum spürbare Einflüsse anderer Rechtsquellen, etwa der CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA, festzustellen. Das bernische Recht ging in dieser Beziehung seinen eigenen Weg, ohne sich viel von andern bedeutenden Rechtsquellen beeinflussen zu lassen. Diesem Umstande ist es auch zu verdanken, daß das Recht des Urhab in der G. S. eine so eingehende gesetzliche Regelung gefunden hat, wie wir sie sonst in keiner andern Rechtsquelle wiederfinden. Folge davon aber ist, daß durch den Urhab die Notwehr in den Hintergrund gedrängt wird, wenigstens scheint es, daß der bernische Gesetzgeber der Ansicht gewesen ist, daß neben dem Urhab die Notwehr keinen Platz finden könne, obschon diese damals in Bern nicht unbekannt war. Wie anderwärts die Notwehr im erweiterten Sinne der Selbsthilfe Ausdehnung fand, tritt umgekehrt in der G. S. der Urhab stark in den Vordergrund. Zwar ist auch in andern Quellen jeweils schwer zu sagen, ob sie zu Urhab oder Notwehr hin tendieren, denn eine hinlängliche Unterscheidung dieser beiden Institute nach altem Recht bietet wesentliche Schwierigkeiten. [3]) So erfährt demnach in der G. S. die Notwehr in den Bestimmungen über Urhab praktische Geltung. Notwehr hebt die Beziehungen der Abwehrhandlung, Urhab oder Anlaß diejenigen des Angriffes hervor, entsprechend dem Friedensrecht, das durch die

---

[1]) Welti, a. a. O. S. 310.

[2]) Daß freilich das Wort Urhab noch in einem andern Sinne gebraucht wird, geht aus dem Landrecht von Saanen (Z. f. schw. Recht, Bd. , S. 116) vom Jahre 1612 (12. Artikel) hervor, das darunter versteht: „was im Hause ist, wie auch Heüw und Veich".

[3]) His, Strafrecht, S. 213.

rechtswidrige, provozierende Handlung verletzt worden ist. Daraus folgernd unterscheidet die G. S., ob der Angriff durch Worte, mit der Hand (bis zur Lebensgefahr des Angegriffenen) erfolgt ist, oder ob andererseits die Abwehr nur geringen „Frevel, Wundtat" oder dann sogar Tötung des Angreifers zur Folge hat, wobei dem Angegriffenen die Wahl zusteht, den Angriff gewaltsam und gegebenenfalls straflos abzuwehren oder dann vom Klagerecht Gebrauch zu machen. [1])

§ 4. Die einzelnen Urhabsbestimmungen.

Wie die Berner Handveste, unterscheidet auch die G. S., vom territorialen Geltungsbereich seines Rechtes ausgehend, zwischen Urhab innerhalb und Urhab außerhalb der Stadt, wobei naturgemäß dem Urhab zwischen Burgern, die im Stadtbezirk in Streit ausgebrochen sind, die größere Bedeutung zukommt.

I. Urhab zwischen Burgern innerhalb der Stadt.

a) Der „Urhab der wortten".

Ist ein Streit innerhalb der Stadtgrenze ausgebrochen, so hat der Richter in erster Linie festzustellen, wer dazu Anlaß gegeben hat. Die Ermittlung des Urhabs ist denn auch von größter Bedeutung für die strafrechtliche Folge der von den Parteien vorgenommenen Handlungen. Die G. S. geht nun von der oben erwähnten prinzipiellen Unterscheidung der Angriffshandlungen aus und beginnt in Art. 148 mit dem „Urhab der wortten". „Wenn einer dem anndern so grobe, ungepürliche, verachtliche und anlässige Wortt gebe, dadurch der andere bewegt wurde, dz er einen Freuel begienge", so kann je nach der Gestalt der Sache der Schultheiß und der Rat die Leistung, gemeint die Strafe der Verbannung, Einsperrung (leystung der zyt) erlassen, nicht aber das Leistungsgeld, die Buße. Diese deutlich gesprochenen Worte lassen nur allzu gut erkennen, worauf der Gesetzgeber hinauswollte, nämlich die heute den Strafgesetzbüchern wohlbekannte Provokation durch ehrverletzende Worte unter Strafe zu stellen. Die Plastik des geschriebenen germanischen Rechtssatzes tritt hier besonders deutlich hervor mit dieser Darstellung dieses notwendigen Rechtsgrundsatzes, wie es das Recht des Urhab geworden ist. Wahrlich,

[1]) Pfenninger, a. a. O. S. 57.

verständlicher hätte sich hier der Gesetzgeber nicht ausdrücken können, ohne Gefahr zu laufen, das Satzgefüge schwerfällig zu gestalten. Dies wird zweifellos der Fall, wenn, wie in andern Quellen, die anlässigen Worte speziell angeführt werden, z. B. Mörder, Ketzer, Meineid, Dieb, Bößricht, Schelm, oder du lügst, u. a. m.[1]) Damit soll natürlich dargetan werden, daß nicht jedes barsche Wort schon als Friedensbruch aufgefaßt werden soll. Ein Katalog solcher Ausdrücke ist aber immer unvollständig, wodurch der richterlichen Willkür nur Tür und Tor geöffnet werden. Besser ist also schon die generalisierende Bestimmung, wie sie die G. S. in Art. 148 getroffen hat. Hier wird mit aller Deutlichkeit bereits zwischen subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmalen unterschieden, was von den auf die G. S. folgenden Satzungen nicht gesagt werden kann. Bereits in richtiger Erkenntnis des Schuldgrundes des Provozierten wird in der Festsetzung des Strafmaßes nach der Schwere der zugefügten Verletzung gefragt, wobei aber doch in allen Fällen eine Buße als Mindeststrafe ausgesprochen wird. Die modernen Gesetzesbestimmungen weichen in dieser Beziehung vom hier kennengelernten Grundsatz nicht ab. Dagegen hat im Laufe der Zeit die Tendenz an Milderung an Strafe überall Platz gegriffen. Wir werden später noch auf diese grundsätzlichen Bestimmungen zurückkommen müssen.

b) „Der „Urhab mit der Hand".

Ist der rechtswidrige, provozierende Angriff ein schwerer, d. h. erfolgt er mit der Hand, wobei der Angreifer selbst auch verletzt wird, dann haben gleichfalls wie in der vorigen Bestimmung Schultheiß und Rat zu entscheiden, ob der „Getäter" zu leisten habe oder nicht. Die Quelle gibt hier an: „Urhab mit der Hand. Wenn an einem mutwilliglich unnd ohne alle ursach zufräfflenn unnderstanden, also dz demselben not wurde, sich zu zeerweren unnd sins lybs unnd lebens zefristen, so soll ouch . . .". Die Stelle läßt deutlich erkennen, daß gewisse Vorbedingungen erfüllt sein müssen, wenn der Angegriffene straflos oder mit gemilderter Strafe ausgehen soll. Vor allem ist erforderlich, daß der Beklagte (demnach der Angegriffene) im Prozeß den im einzelnen Fall nicht allzu leichten Beweis zu erbringen hat, daß ihn der Urhab mutwillig und ohne alle Ursache angegriffen habe, wodurch

[1]) Osenbrüggen, alam. Strafrecht, S. 91.

er in eine gewisse Notlage geraten sei. Im ganzen also eine Streitfrage, die im Beweispunkt Schwierigkeiten bietet. Im Gegensatz zu Art. 148 erfaßt die Satzung 149 nach ihrem Wortlaut nun nichts anderes als die Notwehr, wider die Absicht des Gesetzgebers, daraus eine Urhabsbestimmung (Marginale: Urhab der Hand) zu machen. Neben dem Erfordernis des rechtswidrigen, gewaltsamen und gegenwärtigen Angriffes ist hier Begriffsmerkmal die persönliche Not, sich seines Lebens zu erwehren, während beim Urhab resp. Provokation das psychologische Moment des Zornes, des „Bewegtwerdens" (Art. 148 G. S.) faktisch vorherrschend ist. [1])

Daß übrigens der Gesetzgeber durch diese Satzung die Notwehr und nicht die Provokation, den Urhab im eigentlichen Sinne erfaßt wissen wollte, geht besonders aus folgender Tatsache hervor: Der in der Notwehr Handelnde kann, trotz den relativ schweren Folgen, die ihm aus den dem widerrechtlich Angreifenden zugefügten Verletzungen erwachsen, unter Umständen von der Strafe befreit werden, was in Art. 148 ausdrücklich nicht vorgesehen ist. Da nun aber in der G. S. eine Provokationsbestimmung, analog zu Art. 148 für den Fall provokatorischer Mißhandlungen, wie sie der Art. 149 [2]) eigentlich hätte vorsehen sollen, nicht zu finden ist, dagegen eine als Urhab mit der Hand bezeichente Notwehrbestimmung, so liegt die Vermutung nahe, daß die vorliegende Satzung in Tat und Wahrheit beiden Instituten gemeinsam gedient hat. Die Obrigkeit wird sich jeweilen damit geholfen haben, daß sie je nach Bedürfnis im konkreten Fall eine Unterscheidung in der Frage der Strafzumessung getroffen hat. Damit kam sie zu einer Lösung, die, wie es scheint, nach dem Stande der damaligen Rechtskenntnisse wohl genügte, wenn man ferner berücksichtigt, daß die Willkür dem Richter keine unbekannte Tatsache war.

Urhabsbestimmungen im Sinne vorerwähnter Satzungen weist beispielsweise das Dorfrecht von Hasle bei Burgdorf [3]) aus dem Jahre 1535 auf, wo in analoger Weise wie oben die Strafe und der Urteilsspruch in die Hände der „Gnädigen Herren und Obern"

---

[1]) Auf die Unterscheidung zwischen Urhab und Notwehr wird später noch einzugehen sein, vgl. S. 20, 31 ff., 39, 41 ff.

[2]) Der Inhalt dieses Artikels 149 ist wörtlich der seit dem Jahre 1496 geltenden Satzung, worin der Rat und die Sechszehn eine Erläuterung der Satzung „der wundetten halb, so dann keinen Urhab zugitt" entnommen.

[3]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht, B. 10, S. 41.

gelegt wird, wenn „so einer ein lüdi us einem Hus oder us einem Wirtshus und us dem sinen uf die Gassen us Zorn und Ufsatz oder wie das geschäche". Es wird hier dem Zorn, dem erregten Zustand des Herausforderers, Rechnung getragen, der trotz dem Umstande des Friedensbruches eventuell straflos ausgeht. Dagegen wird nach der gleichen Rechtsquelle [1]) derjenige, der „ein Mässerzuck dut, um über ein mit Z o r n zu fräfflen" regelmäßig mit Buße bestraft, auch in Berücksichtigung allfälliger Provokation, da das Messerzucken eine in jeder Zeit überaus beliebte und nicht ungefährliche Angriffshandlung darstellte.

Das Stadtrecht von Aarberg, [2]) das etwas später verfaßt worden ist (23. Februar 1541) läßt den Urhab in Art. 65 (Gewaltüberfall) ohne weiteres mit dreifacher Buße haften, wenn er den andern „Mutwilliglich, unverschuld anlauft und fürnimbt, ihm übels zuzefügen, was frefels derselb muthwillen an dem unverschuldeten begaht". [3]) Wenn sich der in solcher Weise Angegriffene zur Wehr gesetzt und dem widerrechtlich Angreifenden Verletzungen zugefügt hat, so ist konsequenterweise nach dem damals bereits bekannten Prinzip der Notwehr anzunehmen, daß derselbe dafür keine Strafe zu erleiden haben wird. Eine solche Bestimmung fehlt hier jedoch.

Dagegen spricht sich wiederum deutlich der von der G. S. stark beeinflußte Freiheitsbrief von Nidau [4]) aus dem Jahre 1548 für die Notwehr aus, welcher in Art. 21 sagt, daß der Angegriffene straflos sein solle, „wann einer so fraffentlich angriffen wirt und zu rettung sins Lybs und läbens" [5]) den Angreifer verwundet. Verletzt jedoch der Urhab den Dritten, dann ist er natürlicherweise für allen Schaden bußpflichtig. Wenn letztlich der eine der Streitenden getötet wird, dann entscheidet „nach gewöhnlichem Bruch die von der Stadt Bern für Nidau eingesetzte Obrigkeit mit dem Landtat", unter Berücksichtigung der besondern Umstände des Falles.

Vom Grundsatz, daß der Urhab seiner provozierenden Handlung wegen zu bestrafen sei, weicht auch eine zugerische Rechts-

---

[1]) Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 10, S. 42.
[2]) Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 9, S. 16.
[3]) Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 9, S. 41.
[4]) Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 9, S. 50.
[5]) Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 9, S. 57

quelle aus dem Jahre 1566 [1]) nicht ab. Der „Anlasser" (Angreifer) wird allein schuldig erkannt, „wenn er den Anlaß thut, es sye mit Worten oder Werken". So, im gleichen Sinne das Wädenswiler Herrschaftsrecht von 1593, Art. 28, § 2, das Waldstattbuch von Einsiedeln. [2])

Aus den Satzungen der als Beispiel herangezogenen Landrechte ist allgemein die Tendenz des Gesetzgebers zu erkennen, immer und überall friedensstörende Handlungen, widerrechtlich und gewalttätige Angriffe von Personen mit strengen Strafen zu belegen. [3]) Wenngleich es in erster Linie Absicht des Gesetzgebers war, nach dem Wortlaut des Gesetzes den Urhab zu erfassen, um aber doch in Wirklichkeit ein nach dem Gesetzestexte (nicht dem Sinne nach) nichtgewolltes Notwehrrecht aufzustellen, so wird dem ins Auge gefaßten Grundsatze, die anlässige, zu Streit Anlaß gebende Handlung zu bestrafen, doch Genüge getan, wenigstens solange nicht die prinzipielle Unterscheidung zwischen Notwehr und Provokation in Theorie und Praxis bekannt war.

c) Der „Urhab bei Totschlag".

Art. 149 G. S. und das soeben Ausgeführte beziehen sich auf die Verwundung, verursacht durch Anlaß. Sie finden ein Gegenstück in der T ö t u n g zum Schutz von Leib und Leben, als dritte Steigerung und letzte Folge des durch anlässige Handlung verursachten rechtswidrigen Angriffes auf die körperliche Integrität einer Person. [4]) In unserer Rechtsquelle ist dieser Fall in Art. 193 unter dem Titel „Todtschlag" vorgesehen. Absatz 1 des genannten Artikels behandelt die Tötung, mit nachfolgender Strafsanktion. Absatz 2 lautet dagegen: „Wenn aber der anntwurtter mit kundtschaft gnugsamtlich nach der statt recht erzöugt, dz er sin lyb unnd

[1]) Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 20, S. 92, Osenbrüggen, der Urhab oder Anlaß.

[2]) Pfenninger, a. a. O. S. 58, Anm. 19.

[3]) Osenbrüggen, Z. f. deutsches Recht, Bd. 20, S. 92 findet Anlaß, an Hand einiger Quellen (Oeffnung von Wettschwyl v. 1468, Freiburg i. Br. 1520, Stadt- und Gerichtsordnung von Bönnigheim 1599) im Gegensatz zu den im Text erwähnten Quellen eine zweite Unterscheidung zu treffen, wonach der Angegriffene auch zwei Bußen zu bezahlen hat, wenn von beiden Seiten der Friede gebrochen worden war. Nach Feststellung des Tatbestandes hat aber der Urhab gleichwohl allein die Bußen auf sich zu nehmen. Diese Scheidung ist unbedeutender Natur und weicht von der innern Struktur des Urhabs im eigentlichen nicht ab.

[4]) Pfenninger, Strafrecht der Schweiz, S. 57.

leben zefristen, zeschrimen unnd zeredten durch den umbkomnen genöttiget unnd gezwungen sye, unnd die zweihundert dasselb by iren eyden erkennen mögent, so soll er ledig unnd urech ein vonn mennigklichem". [1]) Dem Wortlaut dieser Bestimmung nach wird hier zweifellos wiederum nur die Notwehr erfaßt, niemals aber der provozierte Totschläger, der nicht zum Schutze seines Lebens und Leibes genötigt ist, den Angriff abzuwehren. Das geht übrigens leicht aus der Strafandrohung hervor, resp. der in Aussicht gestellten Straflosigkeit bei Vorliegen dieser geforderten Tatbestandsmerkmale. Gleich wie in der zuletzt behandelten Satzung (Art. 149) kann hier angenommen werden, daß in der Praxis auch der provozierte Totschläger von diesem weitgehenden Milderungsrecht profitiert haben wird, wenn es die besondern Umstände erheischten, und dieser gegebenenfalls die Urhabseigenschaft beim Angreifer bezeugen konnte. Wir nehmen diese Folgerung an, nicht nur, weil es einerseits an einer speziellen Provokationsbestimmung für Totschlag fehlt, sondern, weil andrerseits erfahrungsgemäß nicht genügend zwischen Notwehr und Provokation unterschieden wird. Straflosigkeit bedeutet, wenn die gesetzlichen Erfordernisse zutreffen, ein Entgegenkommen gegenüber dem provozierten Totschläger, auf der andern Seite eine gerechte Anerkennung des strafrechtlichen Schutzes der körperlichen Integrität gegen rechtswidrigen Angriff. Dadurch, daß der Totschläger von jeglicher Strafe befreit wird, könnte es den Anschein erwecken, daß das bernische Strafrecht gegenüber andern Rechtsquellen [2]) speziell in diesem Falle recht milde und nachsichtig gewesen sei. Man kann dies nach dem Gesetzestext ohne weiteres annehmen, wenngleich aber gerade unsere Bestimmung in Tat und Wahrheit, der Beweisschwierigkeit wegen, nicht allzu häufig zur Anwendung gekommen sein wird. Der urteilende Richter war im allgemeinen noch sehr skeptisch gegenüber diesen Milderungsbestimmungen eingestellt, denn nach überzeugter Volksauffassung sollte doch ein Totschlag immer Sühne zur Folge haben. Langsam aber, veranlaßt durch das Vorgehen des Gesetzgebers, griff auch die entgegengesetzte, gerechtere Auffassung über das Milderungsrecht Platz.

Notwehr, als Wehr gegen Not [3]) (Gewalt) wird vornehmlich bei Tötung geltend gemacht. Sie setzt einen gewaltsamen, rechts-

[1]) Welti, a. a. O. S. 333.
[2]) Pfenninger, a. a. O. S. 57, Anm. 17.
[3]) Osenbrüggen, Der Urhab oder Anlaß, S. 95.

widrigen Angriff voraus, den der Angegriffene mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln abzuwehren genötigt ist, wenn er nicht riskieren will, sein Leben zu verlieren. Dem steht nun ein anderer Begriff gegenüber, nämlich das „Richten nach dem Anlaß". [1]) Darnach soll der Täter gefaßt und bestraft werden, wenn er erwiesenermaßen der angreifende Teil im Streitfall gewesen ist. Ist nun aber der Angreifer, Urhab, selber verwundet, resp. getötet worden, dann ist er dafür genügend bestraft worden und es tritt Strafbefreiung für den Angegriffenen ein. Im Fall der Tötung spricht man dann von „ehrlicher Tötung". Das Richten nach dem Anlaß weicht von der Notwehr, wie wir sehen, nicht wesentlich ab, so wenig nämlich, als es den meisten Gesetzgebern auch nicht möglich war, zwischen Notwehr und Provokation zu unterscheiden. Wenn im Gesetze oder in der Rechtsprechung von Richten nach dem Anlaß die Rede ist, so bedeutet das nichts anderes als eine weise Abwägung zwischen den schuldhaften Momenten des von den beteiligten Parteien an den Tag gelegten Verhaltens, wobei eben durch die Tatsache, daß die eine Partei durch plötzlichen, rechtswidrigen Angriff den Frieden gebrochen hat, die Schuld dieser Partei um so höher ins Gewicht fällt, wodurch die Abwehraktion oder selbständige Erwiderung des Angriffes durch den angegriffenen Streitteil ohne weiteres als begreiflich und berechtigt oder wenigstens in gewissem Sinne entschuldbar erscheint. Diese Erscheinung treffen wir naturgemäß bei der Notwehr nicht an. Das Richten nach dem Anlaß hat übrigens seine häufigste Anwendung in Verletzungsfällen gefunden, während in Fällen der Tötung meistens oder immer Notwehr geltend gemacht wird.

Als besonderes Beispiel von Urhab wird in den Rechtsquellen oftmals das „Andasgewehrgreifen" genannt. Wer in einem Streit „freventlich unnd in zornigem mut" an sein Gewehr (die Waffen überhaupt) greift, gilt als Urhab und hat zur Strafe allen ihm zugefügten Schaden selbst zu tragen. So in Art. 150 G. S. „wie urhab sye an gwer gryffen". Pfenninger [2]) gibt zur Erläuterung des Gewehrgriffes als Urhab folgendes historisches Beispiel: „Jörg Schad (der Angegriffene) kam mit eim zu Worten, der fallt in das Gewehr und zuckt halb us, indem zuckt Schad, daß er nicht weiter den auszuckt, und erstach denselben und gieng ledig aus". (Manuskript von 1647, jurist. Bibliothek Zürich).

[1]) Osenbrüggen, daselbst, S. 96.
[2]) Pfenninger, a. a. O. S. 59, Anm. 20.

Wie wir nun in den oben zitierten Art. 148 und 149 gesehen haben, wird die Leistungspflicht des Angegriffenen, sofern diesem kein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden kann, in die Erkenntnis des Schultheißen und Rats gelegt. Dies, was die Straffolge des rechtswidrig Angegriffenen (Provozierten) anbetrifft. Die Strafe für die andere Streitpartei, den Urhab, wird dagegen in Art. 151 näher umschrieben mit den Worten: „Wenn dann derselbig, so sich hat muessen erweren, ledig und urfech ze sind erkennt würt, so soll der annder der inne mit wercken und mit der Hand angetryben hat, für inn leysten unnd die buß, so der annder verfallen were an zyt und Pfenningen lyden unnd abtragen, es sye wundatten, trostungsbrüchen oder anderer eynungen halb". Auch in dieser Bestimmung wird Notwehr und Reizung verwischt. Sie trifft daher für beide Fälle zu, sofern beiderseits der Urhab seiner angreifenden Handlung überwiesen ist. Daß hier der Urhab zu seinen erlittenen Verletzungen noch die sonst der andern Streitpartei zugefallene Strafe zu erleiden hat, bestärkt uns nur in der Auffassung, daß die Urhabsbestimmungen, soweit sie sich dem eigentlich provokatorischen Urhab widmen, weitgehendes Friedensrecht im Sinne des früher Gesagten darstellen. [1])

II. Der Urhab zwischen Burgern und Nichtburgern.

Haben die bisher behandelten Bestimmungen der G. S. den Urhab zwischen Burgern innerhalb der Stadt zum Gegenstand, so widmen sich im Folgenden die Art. 152 und 153 den Fällen, wo ein „Ussrer" (Nichtburger) einen „Inneren" (Burger) „reizet mit worten oder wercken" in der Stadt selbst oder außerhalb derselben. Diese Satzungen sind, im Gegensatz zu den vorerwähnten, keine Neuschöpfungen. Sie sind dem alten Satzungenbuch [2]) entnommen, ja, im Grunde genommen finden sie ihren Ursprung in der Berner Handveste, Art. 36 und 37, die erstmals, wie nun auch die G. S., die Unterscheidung zwischen Burgern und Nichtburgern innerhalb und außerhalb der Stadtgrenze zieht. Durch das später zur Ausdehnung gelangende Stadtrecht und Anwendung desselben auf das übrige Untertanengebiet der Stadt Bern wurde in der Folge diese Scheidung als überflüssig fallen gelassen. In-

[1]) Vgl. S. 5 ff. oben.

[2]) Welti, a. a. O. S. 51 und 52, Satzung 45 und 46.

haltlich jedoch bilden diese Satzungen reinstes Provokationsrecht, die Quelle eigentlicher Urhabslehre.

Vom Gesichtspunkt der Ehrennotwehr aus kommt dem Art. 152 insofern Bedeutung zu, als das Recht, sich bei gefallenen Ehrverletzungen zur Wehr zu setzen, bis zur gänzlichen straflosen Tötung des angreifenden Beleidigers reicht, wenn dieser ein Ausburger ist.[1]) Die Quelle läßt hierbei keine Zweifel offen, wenn sie sagt: „wo ein usserer der nit burger were, einen inneren anreitzet mit wortten oder wercken, so ser dz er inn deßmals schlacht, wundet oder lybloß thut, mag denn der inner nach der statt recht erzougen, dz der usser der anfenger unnd urheber gsin, wie obstadt, so soll er im nützit besseren, sonnders von mennigklichem ledig unnd urfech sein".[2]) Dabei sollen „usburger" nicht als „usser" behandelt werden, wie der Nachsatz in Art. 152 sagt, sondern „irothalb gehanndelt werden nach denen satzungen, so von den usburgern wegen wysennd". (Demnach Art. 147 G. S.)[3])

Die Strafbefreiung, die hier in Aussicht gestellt ist, erfolgt somit in gegensätzlicher Abweichung zum Urhab mit der Hand einzig des friedensbrechenden Momentes der Anreizung wegen, der in diesem Fall besondere und grundsätzliche Bedeutung zukommt. Während in Art. 149 eher das Moment der straflosen Abwehr des rechtswidrigen Angriffes zum Ausdruck kommt, wird hier dem besondern Umstande der Reizung Rechnung getragen, dem Urhab im eigentlichsten Sinne. Bedauerlicherweise ist aber diese Bestimmung nur auf ein spezielles Anwendungsgebiet zugeschnitten, nämlich auf den Fall, wo ein „ussrer" der Anreizung überwiesen ist. In der praktischen Auswirkung kommt diese Satzung zum gleichen Resultat wie die analoge in Art. 148 Urhab mit Worten, einzig mit dem Unterschied, daß bei beiden Parteien nach ihrer Eigenschaft, ob Burger oder Nichtburger, gefragt wird. Im einen Fall (Urhab zwischen Burgern) anerkennt der Gesetzgeber ein Milderungsrecht noch zögernd (begreiflicherweise, weil es sich um Burger handelt), im andern Fall, wo auf den Fremden nicht besondere Rücksichten genommen werden mußten, wird Straflosigkeit unbedenklich ausgesprochen. Trotz diesem Unterschiede wird jedoch an dem einmal begründeten Grundsatz festgehalten.

Eine weitere Unterscheidung wird getroffen, wenn der Angriff

---

[1]) Pfenninger, a. a. O. S. 58.
[2]) Welti, a. a. O. S. 320.
[3]) Welti, a. a. O. S. 319.

auf die Ehre eines Burgers außerhalb der Stadt erfolgt ist. In diesem Falle wird der Burger für das, „was er dem ussren thut, es sy mit schlachenne, mit wundatten oder mit Totschlag" nicht etwa von der Strafe befreit. Er soll es „bessren und büßen, als den schultheißen, ren rat und die zweihundert oder der merteil unnder inen erkennet und dunket, an geverde". [1]) Der Burger genießt hier ersichtlicherweise geringeren Schutz, als wenn der Vorfall sich in der Stadt abgespielt hätte. Wenn zudem eventuelle Strafmilderung oder gänzlicher Erlaß der Strafe durch die Obrigkeit ins Auge gefaßt werden soll, so muß der Angriff auf die Ehre mindestens ein heftiger gewesen sein, wie in den Worten zum Ausdruck kommt: „das ein usburger einen indern uswendig unser stat zil soqiel anreitzez und suchte, dz der inner von seiner eeren wegen nit empären noch für kommen möchte, dann dz. er sich weren undschirmen müeßte". In diesem Satze klingt aber wiederum die Notwehr durch, die hier gewissermaßen in eine sog. Ehrennotwehr hinausläuft. Der Ausburger als Urhab ist in diesem Falle dem „ussrer" gleichgestellt, was aus den Worten hervorgeht: „was dann der inner in sollichem dem usburger oder einem andern ussern, so glycher gestalt gegen ihn ghandlet, thut". [2])

III. Uebrige Urhabsbestimmungen in der G. S.

Die eingehende Behandlung des Urhabs in der freien Abstufung des Angriffes durch Worte, Handlungen und Gewehrgriff, wie dies in der G. S. der Fall ist, können wir, wie bereits früher erwähnt, nicht in allen kontemporären schweizerischen Rechtsquellen konstatieren. Obschon das Recht des Anlasses in den meisten Quellen bekannt ist, bestehen doch örtliche Abweichungen in der begrifflichen Anwendung und Ausgestaltung. [3]) So behandelt beispielsweise die G. S. die Ehrverletzung als Ehrennotwehr (Art. 152 und 153) — speziellere Bestimmungen über dieses Kapitel sind noch enthalten in den Art. 176 (Scheltwort in einem gächen Zorn), Art. 178 (hinderrücks eerabschneiden) und Art. 180 (form des rechtens umd eerverletzliche zureden), [4]) während andere Quellen in diesen Fällen ohne weiteres Anlaß annehmen. [5]) Ferner behandelt

[1]) Welti, a. a. O. S. 51 und 52.
[2]) Welti, a. a. O. S. 320.
[3]) Pfenninger, a. a. O. S. 60.
[4]) Welti, a. a. O. S. 273, ferner 327.
[5]) Pfenninger, a. a. O. S. 60.

die G. S. den Gewehrgriff z. B. als Urhab, Obwalden dagegen nur das Messerzucken als solchen. [1])

Aus der bisher verfolgten Entwicklung der Urhabslehre läßt sich bereits gut die Tendenz des Gesetzgebers feststellen, diesem Institute aus naheliegenden Gründen wärmste Beachtung zu schenken. So vor allem vom Gesichtspunkt der allgemeinen, ungestörten Ruhe und Ordnung unter den Bürgern, der körperlichen Integrität des widerrechtlich Angegriffenen und der Unverletzlichkeit der hochgehaltenen Ehre des Bürgers aus. Eine Prüfung erfordert nun noch die Frage, ob die Strafandrohung des Urhabs der Quellen Zweck- oder Vergeltungscharakter aufweist. Es kann dies nicht ohne weiteres entschieden werden. Wenn der Gesetzgeber den Urhab konsequent neben seinen eigenen in einem Streite geholten Verletzungen noch eine Strafe erleiden läßt, einzig deshalb, weil er offensichtlich den Frieden gebrochen hat, so spricht dies mehr für den besondern Zweck der Strafe als für eine Vergeltung dessen, was dieser dem Dritten, angegriffenen Provozierten durch die bloße Tatsache des provozierenden Angriffes Uebles zugefügt hat. Deshalb hat auch der Urhab diejenigen Leistungen als Strafe (Art. 150 G. S.) auf sich zu nehmen, wie sie sonst jeder mißhandelnden Person zugefallen wäre. [2]) Das Maß der erforderlichen straffreien Abwehr, resp. des provozierten Gegenangriffes hängt natürlich von der Schwere des Angriffes, bezüglich der Straffolge, alles letzten Endes vom richterlichen Ermessen ab, wobei festzustellen ist, daß das Recht des Anlasses nach dem bisher Gesagten weitergeht als das Recht der Notwehr.

Art. 153 G. S. stellt nun anscheinend einen Einbruch in den Grundsatz der Urhabslehre dar, wenn er den angegriffenen Burger für die in Ehrennotwehr [3]) dem Beleidiger zugefügten Schädigungen haften läßt. Zweifellos wird jedoch die richtende Obrigkeit, wenn offensichtlich Notwehr oder Provokation vorgelegen hat, strafmildernd geurteilt oder den Angeschuldigten gänzlich freigesprochen haben.

Daß die Urhabsbestimmungen der G. S., wie wir sie hier an-

---

[1]) Pfenninger, a. a. O. S. 60, wo vergleichsweise weitere Rechte zusammengestellt sind.

[2]) Vgl. auch in dieser Hinsicht das zürcherische Recht, in C. Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, Bd. 2, S.

[3]) Osenbrüggen, alam. Strafrecht, S. 154 verneint zwar das Bestehen einer sog. Ehrennotwehr in alamannischen Quellen.

getroffen haben, nicht vollkommen befriedigen können, weder in ihrer Ausgestaltung und scharfer Scheidung zwischen Notwehr und Provokation, noch in ihrer strafrechtlichen Tragweite und charakteristischen Bedeutung, dürfte aus dem Gesagten unzweideutig hervorgehen. Die Vermischung der Notwehr mit der Reizung, zwei ganz verschiedene strafrechtliche Geltungsgebiete, die, tatsächlich mit einer ursächlichen Angriffshandlung, vom Urhab ausgehend, in Zusammenhang stehen, wirkt bloß verwirrend. Es läßt sich diese Regelung nur erklären, wenn man den Stand der damaligen Strafrechtswissenschaft, verbunden mit der in-sich-gekehrten, von außen wenig beeinflußten Rechtsentwicklung des bernischen Strafrechts genügend berücksichtigt.

§ 5. Heimsuchung und Herausforderung.

I. Die Heimsuchung.

Dem Wortlaute nach bedeutet Heimsuchung „jemand in seinem Hause aufsuchen",[1]) und zwar meist im strafrechtlichen Sinne das freventliche Aufsuchen in fremdem Hause, im Gegensatz zum berechtigten Aufsuchen.[2]) Die Heimsuchung stellt nichts anderes als einen Hausfriedensbruch dar. Das Straßburger Stadtrecht,[3]) § 36, umschreibt die Heimsuchung mit den Worten: Si quis convidem suum sine judice vel nuncio iudicis infra septa domus suae vel altrii sui temere invaserit". Im Freiburger Stadtrodel, § 42, ist das Moment der Gewalt besonders hervorgehoben: „Si quis burgensem in propria area vi invaserit vel temere domii quesierit, quicquid ei amlifecereit, emendabit", oder im Stadtrecht von Luzern, § 132: „gewaltenklich old freventlich überloufft". Oft wird aber auch die Absicht zu schädigen betont.

Einige Quellen unterscheiden zwischen einfachem Hausfriedensbruch und dem schwereren Verbrechen der Heimsuchung. Ursprünglich fand Heimsuchung nur in Beteiligung mehrerer, einer Bande statt, die natürlich bewaffnet war. Das Strafmaß war dabei abhängig gemacht von der Zahl der Teilnehmer und der Be-

---

[1]) Osenbrüggen, alam. Strafrecht, S. 358.

[2]) Sie ist eine Art von Hausfriedensbruch, da dieser verschiedene schwere Verletzungen des Friedens umfaßt, wie Landfriedensbruch, oder Friedensbruch überhaupt. Vgl. Osenbrüggen, der Hausfriedensbruch, S. 67.

[3]) Osenbrüggen, a. a. O. S. 358.

waffnung.[1]) Diese Tatbestandsmerkmale wurden aber schon früh fallen gelassen. Später genügte zur Qualifikation der Heimsuchung, daß e i n e Person das Haus eines andern freventlich aufsuchte. In den Rechtsquellen sind Abweichungen zu konstatieren, indem bald die bei der Heimsuchung verübten Gewalttaten gesondert bestraft (lex salica), bald mit dem Delikt der Heimsuchung idealkonkurrierend bestraft wurden (ribuarisches Recht).[2]) Die Strafe als solche ist nach den einzelnen Rechten besonders hart. So war nach sächsisch-thüringischem Recht die Heimsuchung ein todeswürdiges Verbrechen, auf das Enthauptung gesetzt war.

Heimsuchung ist eine schwere Verletzung des Hausfriedens. Sie nötigt den heimgesuchten Hauswirt zur Gegenwehr und berechtigt ihn zur Klage und Entgegennahme der Buße. Sie ist namentlich auch dann vorhanden, wenn sie sich gegen irgend eine Person des Hauses richtet, die nicht der Hausherr selber ist. Es kann ferner zwischen schwerer und einfacher Heimsuchung unterschieden werden. Erschwerenden Charakter weist die nächtlicherweise, mit gewaffneter Hand, mit Mannschaft erfolgte Heimsuchung auf. Die Buße ist in diesem Falle regelmäßig hoch, jedoch variierend nach den einzelnen Quellen.[3])

Die G. S. behandelt die Heimsuchung erstmals in Art. 196 „wär iemants in sinem huß sucht", d. h. das Recht, den Hausfriedensbrecher, der widerrechtlich und ohne Grund das Haus eines andern betreten hat, um dort Schaden zu stiften, straflos zurückzuwerfen. „Wär einen in sinem eignen huß nachts oder tags freventlich sucht oder anfallt, wz denn der, dr also daheim gesucht und angfallen würt, im übels thut, darumb soll er niemants zwantwrutten haben, sonders von der statt und menugklichem urfech sin on alle besserung und soll der ander sinen schaden an im selbs haben.[4]) Die Quelle geht demnach auch von der Unterscheidung aus, ob die Heimsuchung nachts oder tags erfolgt ist, was grundlegend ist für das nachher zu behandelnde Strafmaß. Die Satzung setzt ferner voraus, daß der Heimsuchende wissentlich, mit der Absicht jemanden zu schädigen, in das fremde Haus eingedrungen ist. Dieser ist daher im eigentlichen Sinne immer

---

[1]) His, Strafrecht des Mittelalters, S. 178.

[2]) His, a. a. O. S. 178 ff.

[3]) Vgl. weiterhin die eingehende Darstellung über die Heimsuchung in Osenbrüggen, alam. Strafrecht, S. 357 ff.

[4]) Welti, a. a. O. S. 334.

Urhab, Friedensbrecher, und deshalb finden auf ihn auch im Prinzip die gleichen Strafen Anwendung, wie sie der Urhab nach den Art. 148 ff. G. S. erleidet, mit dem bloßen Unterschied, daß zum vorherein die dem Heimsuchenden zugefügten Verletzungen für den Heimgesuchten straflos sein sollen. Art. 196 nimmt dem Heimsucher jede Möglichkeit, Klage wegen diesen Verletzungen zu erheben. Er muß seinen Schaden selbst tragen.

Daß die Heimsuchung offenbar geeignet ist, Zerwürfnis und ewigen Streit unter den Bewohnern eines Ortes zu entfachen, geht aus der schweren Strafandrohung deutlich genug hervor. Das öffentliche und private Interesse am Frieden und der Ruhe im Lande erfordert vom Gesetzgeber, dem Friedensbrecher harte Strafe aufzuerlegen, in abschreckendem Sinne, um ihn an der unrechtmäßigen Ausnützung körperlicher Gewalt zu hindern, was in den Gesetzen auch genügend getan wird.

Bei der Heimsuchung ergeben sich nun zwei Möglichkeiten:

1. Der Heimgesuchte ist der stärkere:

a) in diesem Falle kann er entweder die „schmach und dz unrecht rechen", indem er sich eben so gut wie möglich zur Wehr setzt und den Heimsuchenden aus dem Hause vertreibt. Für die dem letzteren zugefügten Verletzungen hat er, wie bereits oben angetönt, nicht einzustehen; oder er kann

b) klagen. Ist er unverletzt, so muß er das Geschehnis der Heimsuchung beweisen, ist er dagegen verletzt, so genügt schon dieses Faktum, „es soll siner clag und angeben gloupt werden".

2. Der Heimsuchende ist der stärkere:
Hier treten neben die üblichen Heimsuchungsstrafen noch die Bußen für die einzelnen strafbaren Handlungen hinzu, je nach der Art derselben.[1]) In Alinea 2 des Art. 196, wo diese Bestimmung enthalten ist, kehrt die typische Urhabswendung: „mit wortten und wercken frefflen" wieder. Es genügt also schon die Beleidigung, um die Strafe für Hausfriedensbruch, falls die Voraussetzungen hiefür gegeben sind, zu erhalten.

[1]) Wird der Angesuchte getötet, dann soll der Heimsucher als Mörder hingerichtet werden. Die Schwyzer Ratssatzung von 1521 bestimmt über den Nachtschach (nächtlicher Angriff): „Bescheche aber, daß jemand an den andern ein Nachtschach begienge, . . . so soll in der Täter ermort ham und soll man ouch dann ob im richten, als ab einem Mörder." Osenbrüggen, Beitrag zur Strafrechtsgeschichte der deutschen Schweiz, in der Gratulationsschrift der staatswissensch. Fakultät der Universität Zürich.

Will oder kann der Heimgesuchte das Unrecht nicht rächen, so mag er klagen, die Strafdrohung ist alsdann eine schwere. Wird der Täter schuldig befunden, dann hat er, wenn er tags gehandelt hat, ein ganzes Jahr zu büßen und zehn Pfund als Buße zu bezahlen, wenn der Einstieg dagegen nachts erfolgt ist, das Dreifache an „zyt und Pfenningen zu lyden". Die Buße ist hier genau bestimmt, anders etwa in innerschweizerischen Rechten, [1]) wo sie abhängig gemacht wird von der Zahl der „Räffen" (Dachsparren), [2]) welche das fragliche Wohnhaus aufwies. [3]) Das Basler Strafgesetz von 1339 [4]) droht beispielsweise nur mit einem Jahr Verweisung, ein jüngeres von 1402 sieht noch eine längere Verweisungszeit vor.

II. Die Herausforderung.

Eng verknüpft mit der Heimsuchung schließt sich an diese die Herausforderung als Verletzung des Hausfriedens durch „Anheischen oder Horchen" am Hause, [5]) sei es aus dem eigenen, oder von einem Orte zum andern, in der Absicht, jemandem „Arges oder Uebles" zuzufügen. [6]) Die Strafe ist hier zumeist die gleiche, wie bei der Heimsuchung (so in der G. S.) oder dann eine geringere, wie etwa im Luzerner Stadtrecht, [7]) § 135, mit dem Zusatz, daß die dem Angegriffenen zugefügten Verletzungen gesondert bestraft werden sollen. [8]) Bei diesem „fräfel" wird weniger der Hausfriede als solcher geschützt, als vielmehr das öffentliche Interesse an Ruhe und Ordnung in den Vordergrund gerückt. Die Herausforderung bedeutet eine vermehrte Gefahr für den Frieden. [9]) Sie kommt für den Herausgeforderten einer Ehrverletzung gleich. [10])

---

[1]) Osenbrüggen, alam. Strafrecht, S. 363.

[2]) Blumer, a. a. O. S. 412. Eine Begründung dieses Grundsatzes ist bis heute noch nicht restlos und befriedigend gelungen.

[3]) Blumer, a. a. O. S. 412. Für die Verletzung des Hausrechtes sehen March, Nidwalden, Hünenberg, Uri, Ursern und Zug eine Buße von 55 Pfund vor.

[4]) Osenbrüggen, a. a. O. S. 364.

[5]) His, Strafrecht des deutschen Mittelalters, S. 180.

[6]) Osenbrüggen, a. a. O. S. 364.

[7]) Osenbrüggen, daselbst.

[8]) His, a. a. O. S. 180.

[9]) Levita, das Recht der Notwehr, S. 155 nimmt in diesen Fällen Notwehr an seitens des Herausgeforderten, daher die Strafbefreiung.

[10]) Pfenninger, a. a. O. S. 59.

Dieser soll seine widerrechtlich angegriffene Ehre verteidigen dürfen, mit dem strafrechtlichen Schutze der Tötung oder Verletzung des Herausforderers. Dieser umgekehrt soll sich ebenso bewußt sein, daß er für die erlittenen Wundtaten kein Recht zu klagen erlangt.

Die absolute Strenge des Grundsatzes als allgemeines Friedensgebot tritt da besonders stark in den Vordergrund, wo der „Lader" im Streite schwere Verletzungen oder schlimmstenfalls den Tod erlitten hat. Wenn schon Art. 197 G. S. die Frage offen läßt, welche Strafe der Herausgeforderte gegebenenfalls zu gewärtigen hat, ist wohl mit Art. 193 anzunehmen, daß der Angegriffene auch hier noch straflos ausgehen wird, wenn nicht schon, wie in den meisten Fällen, Notwehr angenommen werden muß.

Daß die Abwehr zwar auch hier innerhalb gewisser Grenzen zu erfolgen hat, wie bei der Notwehr, ist ohne weiteres anzunehmen; das Landrecht von Uri geht immerhin in diesem Bezug sehr weit, wenn es dem Eigentümer eines Obstgartens gestattet, dem Obstdieb allen Schaden, ausgenommen gerade Tötung, zuzufügen. [1])

Die Herausforderung kann auch bestehen in einem Schlagen, Stoßen oder Werfen an ein Haus. Besonders schwer fällt in dieser Hinsicht nach der Burgdorfer Handveste, § 183, die Strafe für denjenigen aus, der aus boshafter Absicht einen Stein über oder an das Haus eines andern geworfen hat. Hier wird schon die bloße Schädigungsabsicht gleich bestraft wie die vollendete Herausforderung. Das Horchen an fremden Türen oder Fenstern, besonders zur Nachtzeit, gilt als Bedrohung des Hausfriedens, sobald dieser Handlung verbrecherische Absicht zugrunde liegt. [2])

Die G. S. geht in Art. 197, [3]) „so einer iemant in zornigem mut ladet", gleich vor, wie Art. 196 betreffend Heimsuchung und setzt für dieses Delikt auch die gleichen Strafen, wie bereits genannt, fest. Ferner wird ebenfalls die Unterscheidung gemacht, ob die Herausforderung tags oder nachts erfolgt ist. „Wellicher iemant us sinem huß oder us einem andern huß oder von einem ort oder platz an einen andern platz mit verdachtem zornigem mut by tag

---

[1]) Pfenninger, a. a. O. S. 59; im gleichen Sinne besteht dieses Recht für den Sennen nach dem Landrecht von Appenzell, vgl. Osenbrüggen, a. a. O. S. 365.

[2]) His, Strafrecht, S. 180.

[3]) Die B. H. beschäftigt sich erstmals in Art. 27, vgl. Zeerleder, a. a. O. S. 60 und unsere Ausführungen auf S. ff. mit diesem Institut.

oder zu nacht ladet, was demselben von dem harusgeladnen schadens und übels zugefügt wird, das soll er dz selb an im selbs haben, und derselbig, so also harus geladen undgevordert würd, von der statt und mengklichem urfech sin on alle besserung". Wenn der „Lader" dem Herausgeforderten mit „Worten oder Wercken" zu Leibe gerückt ist, so hat er auch hier die für die betreffenden Delikte vorgesehenen Strafen zu erleiden. Milderung dieses Grundsatzes tritt nur da ein, wo die Herausforderung aus einem Wirtshaus, Gesellschaftshaus usw. oder „sunst ab einem platz harus an ein annder ortt" erfolgte.[1]) In diesen Fällen wird nur die Hälfte der für die gewöhnliche Herausforderung vorgesehenen Strafe ausgesprochen.

Wenn nun schon weder Heimsuchung noch Herausforderung in der G. S. ausdrücklich als Urhab bezeichnet werden, so weisen diese eigenartigen strafrechtlichen Gebilde unzweifelhaft Urhabscharakter auf. Das denselben zugrunde liegende Interesse am öffentlichen und privaten Frieden bringt eine besondere, starke Anteilnahme für das, was der Friede, das allgemeine Wohl erfordert, mit sich. In der G. S., wo dieses Interesse in ausgeprägtem Maße beim Urhab und seinen obenerwähnten urhabsähnlichen Gebilden zum Ausdruck gelangt, wird infolgedessen allen diesen strafbaren Handlungen, gleichgültig, ob sie sich als Urhab im eigentlichen Sinne, oder als Heimsuchung oder Herausforderung qualifizieren, vermehrte Bedeutung beigemessen.

§ 6. Ergänzende Bestimmungen zum Urhab in der G. S.

Der gewaltsame, widerrechtliche Angriff auf eine Person wird entweder als Tötungsversuch oder vorsätzliche Körperverletzung in den bernischen Rechtsquellen streng bestraft.[2]) Der Angreifer, der „mutwilligklich und unverschuldt" einen Dritten anläuft und

[1]) Es findet sich nicht leicht, einen stichhaltigen Grund für diese Privilegierung anzugeben, denn schwerlich dürfte die Annahme, die in diesem Falle naheliegend wäre, zutreffen, daß hier der Gesetzgeber wegen der Häufigkeit der Anwendungsfälle milderes Recht walten lassen wollte. Im Gegenteil dürfte diese Herausforderung nur als Erschwerungsgrund gewertet werden, denn zweifellos wird in Wirtshäusern und an geselligen Anlässen die Herausforderung am häufigsten Gegenstand obrigkeitlichen Einschreitens sein. Daß das durch reichlichen Alkoholgenuß geminderte Bewußtsein die Herausforderung begünstigen kann, könnte eher ein Grund hiefür sein.

[2]) Osenbrüggen, a. a. O. S. 149.

ihm Schaden stiftet, hat dadurch den Frieden gebrochen, wofür er Strafe zu gewärtigen hat. Als solche soll er das Dreifache an Zeit und Geld des dem andern zugefügten Schadens („frevels und eynungen") büßen (Art. 198). Daraus aber, daß das Moment des vorsätzlichen, unverschuldeten Angriffes als Deliktsmerkmal vom Gesetzgeber ausdrücklich betont wird, folgt nun a contrario, daß die Bestimmung nicht gelten soll, wenn der Angreifer seinerseits zu diesem Angriff gereizt worden ist. Liegt dieser Fall vor, dann ist ohne weiteres klar, daß die Bestimmungen über Urhab, Art. 148 oder 149, Platz greifen werden.

Eine aus dem Jahre 1353 datierte Satzung [1]) erklärt bereits den Angegriffenen für allen Schaden, den er dem Angreifer (ortfrumer, urhab) zugefügt hat, billigerweise straflos. Sie geht zwar dabei noch von der Voraussetzung aus, daß der Urhab ein Ausburger oder Gast, der Angelaufene ein Burger und der Ort des Angriffes die Stadt selber sei. Dieser Passus ist dann durch die allgemeine Bestimmung von Satzung 41, [2]) „der den andren unverschuldt mutwilligklich anlouffet", in den oben angeführten Art. 198 G. S. rezipiert worden. Damit wird die früher getroffene Scheidung der Personen nach ihrer Ortszugehörigkeit, als zu eng, fallen gelassen und die Bestimmung auf alle Personen anwendbar erklärt, die in den Geltungsbereich des Satzungsbuches überhaupt fallen.

Gleichermaßen soll nach Art. 199 G. S. derjenige bestraft werden, der „iemants zu einem scheyd reitzt unnd darnach an im fräfflet". Die Strafe wird auch hier im Interesse der Vergeltung des zugefügten Uebels ausgesprochen, um jegliche rechtswidrige Ausnützung körperlicher Macht gegenüber andern Personen zu verhindern.

Der Streit zwischen zwei Personen beginnt in den meisten Fällen damit, daß die eine Partei gegenüber der andern ehrbeleidigende Ausdrücke fallen läßt. Geraten dann die beiden Parteien tätlich aneinander und verwunden sie sich, so richtet sich die erste Frage immer nach dem Urhab, dem ursächlichen Veranlasser des Streites. Die Folgen sind diejenigen, welche oben bereits erwähnt worden sind. Kann dagegen die tätliche Begegnung verhindert werden oder sind die Verletzungen der Parteien ganz unbedeutender Natur, so wäre es nicht angängig, den Urhab, der

[1]) Welti, a. a. O. S. 222, Satzung 346, S. 28.
[2]) Welti, a. a. O. S. 49.

den Streit z. B. durch schwere Beleidigung provozierte, ungestraft laufen zu lassen. Das Rechtsgefühl verlangt auch in diesem Falle die Bestrafung des Schuldigen, weil dieser den Frieden gebrochen, die Ehre der Gegenpartei beschmutzt hat. Die G. S. sieht in einem solchen Fall in Art. 176 „Scheltwort in gächem Zorn" vor, daß der Schelter zu einer Buße von 10 Pfund verurteilt werden soll. Der Kläger kann sich aber selber dieser Buße aussetzen, wenn sich seine Behauptung der vermeintlich gefallenen Scheltworte als unwahr herausstellen sollte.

Die G. S. hat sich, wie aus den besagten Bestimmungen offensichtlich hervorgeht, aufrichtig bemüht, den Grund des Uebels zu erfassen, den Streitveranlasser, Urhab und Friedensbrecher, sei es als Verletzer der Persönlichkeit des Einzelnen, des Hausfriedens oder des öffentlichen Friedens, empfindlich zu bestrafen. Dem mächtigen Streben jener Zeit, die persönliche, körperliche Uebermacht überall und jedermann gegenüber geltend zu machen und auszunützen, ist somit durch strenge Bestrafung widerrechtlicher Angreifer entgegengewirkt worden. Es ist nicht von ungefähr, daß gerade Bern, das dem Höhepunkt größter territorialer, militärischer und finanzieller Machtentfaltung zustrebte, bereits im Jahre 1539, frei von jeder ausländischen Beeinflussung, ein großes Gesetzgebungswerk, die Gerichtssatzung, aufstellte, worin die bis anhin erwähnten Urhabsbestimmungen bedeutenderen Raum einnehmen, als in irgend einem anderen Recht. Der Staat braucht eine straffe Rechtsordnung. Er mußte die körperliche Integrität des Bürgers unter höchsten strafrechtlichen Schutz stellen, um zu verhindern, daß Streit und Haß unter den Bewohnern des Landes ausbreche. Glaubte er diese Aufgabe erfüllt zu haben, dann konnte er sich auch den damals beliebten expansionspolitischen Fragen umso intensiver widmen. Es machte sich zwar schon bald nach der G. S. die Tendenz bemerkbar, die doch etwas auf die Spitze getriebene Bestrafungstheorie des Urhab zu dessen Gunsten abzuschwächen und in gewissen Fällen eine mildere Strafe eintreten zu lassen (Wegfall der Buße zu den eigenen Verletzungen). Inwieweit nun solche Bestrebungen schon in der „vernüwerten Gerichtssatzung der Stadt Bern" vom Jahre 1615 festzustellen sind, wird im nächsten Kapitel zu zeigen sein.

3. KAPITEL.

Die Urhabsbestimmungen der Gerichtssatzungen von 1614 und 1671.

§ 7. In der Vernüwerten Gerichtssatzung der Stadt Bern vom Jahre 1614.

I. Einleitende Bemerkungen.

Eine prinzipielle Veränderung oder Einführung neuer, strafrechtlich relevanter Merkmale in Bezug auf den Urhab ist in der auf die eben betrachtete G. S. folgenden „vernüwerten Gerichtssatzung" (hiernach mit V. G. S. bezeichnet) vorerst nicht festzustellen. Im Gegenteil, einige Satzungen werden fallen gelassen, die entweder ein Opfer neuer strafrechtlicher Rechtsauffassung (Rechtsempfindens) geworden sind oder von der Zeit überhaupt überholt worden sind. In bezug auf vorliegenden Betrachtungsgegenstand macht sich unverkennbar eine neue Richtung im vorliegenden Gesetzeswerk geltend, nämlich das stärkere Betonen der Notwehr in rechtswidrig erfolgten Angriffen, das Zurückdrängen der bis anhin strafrechtlich bedeutsamen Anlaßbestimmungen.

Nachdem das wegen seiner einläßlichen und für die damalige Zeit sicherlich auch seiner mustergültigen Ordnung wegen immer auf die umgebende Landschaft sich ausdehnende und dort subsidiär geltende Stadtrecht, die Gerichtssatzung vom Jahre 1539, für das bernische Staatsgebiet grundlegende Bedeutung erlangt hatte,[1]) wurde dem zunehmenden Bedürfnis Rechnung getragen und im Jahre 1614 die Erneuerung der Stadtsatzung und zugleich die Drucklegung derselben beschlossen.[2]) Inhaltlich, nicht aber formell, weicht die V. G. S., wie bereits eingangs erwähnt, nicht wesentlich vom Alten ab. Kraft ihrer innern Vorzüglichkeit und der von ihr ausgehenden, alsbald auf das ganze Land übertragenen gerechten Grundsätzen, ereichte sie trotzdem ein hohes Alter und

[1]) Stettler, Versuch zu einer geschichtl. Entwicklung der Gerichtsverfassung im Kanton Bern, Bern 1842, S. 95.

[2]) Huber, Die Satzungsbücher der Stadt Bern, in Z. B. J. V., Bd. 10, S. 97 ff.

wurde erst durch das Gesetz von 1761 ersetzt, das Professor Sigmund Ludwig Lerber zum Schöpfer hat.[1])

II. Die einzelnen Satzungen.

1. Die 5. Satzung im XIV. Titel über „straff der Fräfflen im gemein" handelt von der Strafpflicht der Gerichtsbehörden. Darnach ist ihnen nicht gestattet, die Strafe nachzulassen, mit Ausnahme der speziell erwähnten Strafnachlaßgründe. Die Strafe wird u. a. dann, wenigstens teilweise erlassen, „wer uff anlässige Wort fräfflet". Diese Bestimmung ist von der G. S., Art. 148, Urhab der Worten, wortgetreu übernommen worden, weshalb hier auf eine Wiedergabe verzichtet werden kann. Es findet sich also auch in der V. S. G. eine Bestimmung über Provokation als Urhab wieder, wobei ebenso die Strafe im gleichen Sinne festgesetzt wird. Der Provozierte geht nicht straflos aus, sondern hat eine zweifache Geldbuße zu entrichten. Eine Ausnahmestellung nehmen bloß die Burger ein, denen die Leistung ganz erlassen werden kann (8. Satzung, analog zu Art. 152 G. S.). Die besondere Schwere des Angriffs rechtfertigt die straflose Abwehr (Notwehr) nur dann, wenn der Angegriffene mit „Wercken" zu einem „fräffel" angetrieben worden ist. In der 5. Satzung des XIX. Titels ist hievon die Rede.

Vorab ist festzustellen, daß diese Satzung dem Art. 152, Urhab zwischen Burgern und Nichtburgern, der G. S. entnommen ist, dem Sinne nach dagegen (nicht wörtlich) der Bestimmung über Urhab mit der Hand, Art. 148 G. S., entspricht. Es fällt zudem auf, daß man diesen Artikel im XIX. Titel, der von der „Straff der Totschläger und der Fräfflen, so an einer Privatperson Lybs begangen werdend", handelt, untergebracht hat, während, wie vorhin erwähnt, der Urhab mit Worten in der V. G. S. ganz zu Beginn des Strafkodexes, im Anschluß an die Bestimmungen über Strafnachlaßbefugnis der Gerichtsbehörden, figuriert. In dieser Anordnung der Bestimmungen offenbart sich nun eigentlich die Bedeutung, die der Gesetzgeber in diese beiden Institute, Notwehr und Provokation, legt. Im einen Fall Schuld- und Strafausschließungsgrund als Spezialfall der allgemeinen Bestimmungen über Totschlag und Körperverletzung, im andern Fall das einzig in die Hände der Gerichtsbehörden gelegte Milderungsrecht, das vorweg als Straf-

[1]) Huber, a. a. O. S. 35.

nachlaßgrund ausdrücklich angeführt werden muß, beide Fälle bisher vom bernischen Gesetzgeber zusammengefaßt unter dem Begriff des Urhab. Die Unterscheidung, die der Gesetzgeber bewußt treffen wollte, wird bereits durch den Wortlaut der beiden Bestimmungen klargestellt. Es wird bei der Provokation verlangt, daß der durch anlässige Worte Angegriffene b e w e g t werde, einen „Fräffel" zu begehen, während der mit „Wercken" so sehr Gereizte „syner Ehren halb nit für kam, den Anreitzer zu schlagen". Wenn schon der Ausdruck „Anreitzer" auf Provokation schließen lassen könnte, wird dem Sinne der Bestimmung nach darunter doch nur Notwehr verstanden. Das besondere Gewicht, das hier auf die Ehre des Angegriffenen gelegt wird, ist im Grunde genommen doch nur nebensächlicher Natur, wenn man bedenkt, daß für diese Ehrennotwehr Straflosigkeit in Aussicht steht, während bei der provozierenden schweren Beleidigung, wo die Ehre ebenso tangiert wird, eine Strafe regelmäßig bestehen bleibt.

Wenn wir näher auf diese Bestimmung eintreten wollen, so fällt vor allem ihre für die damalige Zeit außerordentlich weitragende Privilegierung straffreier Abwehr für alle Personen, „es sye ein Innerer oder Usserer", auf. Während die G. S. in Art. 152 noch von der Unterscheidung ausgeht, daß der Urhab ein Ausburger sein müsse, der Angegriffene ein Burger und diesem hierauf eine privilegierte Stellung einräumt, will im Gegensatz dazu die V. G. S dieses Recht als ein allgemeines, jedermann zugängliches, stipulieren. Die Strafsanktion für den rechtswidrigen Angreifer ist indessen unverändert geblieben, wie wir sie bereits in dem zitierten Art. 152 G. S. angetroffen haben: „Und dann der angetriebene nach der Stadt Recht erzeigen mag, das der ander der Anfänger und Urheber gsyn, als obstat, so soll er ihm nüt bessern, sonders von meniglichem urfech und ledig syn und verbleiben". Jegliche Straf-Bußbestimmung wird auf den Urhab übertragen, der für die Tat und seine erlittenen Verletzungen selbst verantwortlich ist, den ungünstigen Ausgang des Streites seiner alleinigen Schuld zuzuschreiben hat. „Der ander, der ihne mit Wercken und mit der Hand angetryben hat, soll für ihn leisten und die Buß, so der ander, wann er schuldig erfunden were, an Zyt und Pfenningen lyden und abtragen, es sye wundtaten, Trostungsbrüche oder anderer Eynungen halb." Daß hier der Angreifer immer noch eine Buße auf sich zu nehmen hat, neben seinen eigenen sühnelosen Verletzungen, läßt ebenso deutlich erkennen, wie sehr diese Zeit

noch beherrscht war vom Friedensrecht, das, wenn es durch irgend eine rechtswidrige Handlung gebrochen wird, einfach schablonenmäßig, ohne Rücksicht auf das einzelne Delikt, eine Strafe erfordert. Weil wir es hier doch tatsächlich mit einem Notwehrartikel zu tun haben, was nach dem Gesagten nicht bezweifelt werden kann, so scheint die Bestrafung des verletzten Angreifers um so härter.

Auf dem gleichen Grundgedanken fußend, wird die 6. Satzung desselben Titels, „Wer jemands muthwilligklich, unverschuldet etwas zufügt", normiert. Auch hier soll der Angreifer für den gebrochenen Frieden einstehen müssen und zwar mit dem Dreifachen desjenigen, was er dem Angegriffenen an Schaden zugefügt hat.[1]) Die Bußpflicht erfolgt hier ausschließlich wegen des Vergehens des Friedensbruches, denn es wird vorausgesetzt, daß der Angegriffene als schwächere Partei sich nicht zur Wehr gesetzt hat. Die Strafe ist gegenüber Burgern, die sich einer solchen Tat schuldig gemacht haben, noch dadurch verschärft, daß, wenn sie in der Obrigkeit ein Amt versehen, ihren „Empteren oder ihres Sitzes im Rat der Zweihundert" enthoben seien. Diese Auserlesenen sollen offenbar ein besonders gutes Beispiel der übrigen Burgerschaft geben und sich nicht zu Friedensbruch hinreißen lassen!

Ferner bestimmt die 10. Satzung des XIX. Titels, daß derjenige, der in zornigem Mut, gewaffnet oder ungewaffnet, einen andern verwundet oder „Blutruns" schlägt, eine schwere Strafe zu gewärtigen habe, mit Ausnahme u. a. auch: „item die nit so zu einichem Fräffel angetrieben werdend". Für diesen Fall sind die in der 5. und 6. Satzung vorgesehenen Strafen angedroht, resp. der Strafanlaß für dem Töter zugefügte Verletzungen, hervorgerufen durch vorangegangene Reizung, durch „Wercke" in „zornigem Mut". Dieser Vorbehalt ist, die konsequente Durchsetzung des Grundsatzes der Urhabshaftung verfolgend, hier unbedingt am Platze. Wenn wir diese Bestimmung mit der 5. Satzung desselben Titels in Parallele setzen und im Gegensatz dazu mit den beiden vorhin zitierten Artikeln, die zweifellos der Notwehr gewidmet sind, vergleichen, so erkennen wir mühelos, daß wir es hier mit einer Provokationsbestimmung zu tun haben, die nichts anderes als eine Steigerung in der provokatorischen Angriffshandlung („Wercke") und zurückgegebenen Mißhandlung als Gegenstand gesetzlicher Regelung darstellen will. Während wir für die G. S.

[1]) Vgl. Art. 198 G. S. und die Bemerkungen auf S. 31.

die Vermutung ausgesprochen haben,[1]) daß der für diesen Fall zutreffende Artikel, obschon er ausgesprochen zu Notwehr hinneigt, auch für Provokation Geltung gehabt haben wird, so möchte hier besonders festgestellt werden, daß es das Verdienst der V. G. S. ist, als erste bernische Rechtsquelle in unserer Materie einen Schritt weitergegangen zu sein, der auch für die nachfolgenden Kodifikationen nicht umsonst getan worden ist.

Die Strafe des Urhab richtet sich in andern Bestimmungen nach der Intensität des Angriffes, wenn es in der 13. Satzung des XIX. Titels heißt: „wer an jemands Hand anlegt" hat drei Pfund als Buße und Stadtverweisung während eines Monates zu gewärtigen (Art. 205 G. S.). Ferner wird das Dreifache an Zeit und Geld demjenigen zur Strafe auferlegt, der einen andern in zornigem Mut „härdfellig" („hertvellic, erdfällig") macht (14. Satzung, ebenso Art. 199 G. S.).[2])

2. Die bis dahin angetroffenen Satzungen der V. G. S. betreffen den rechtswidrigen Angriff auf die körperliche Integrität, wobei eine eventuelle Tötung des Angreifers selbst nicht ins Auge gefaßt wird. Diese Möglichkeit, der als „notwendig" bezeichnete Totschlag, wird nun in der 1. Satzung des XIX. Titels unter dem Gesichtspunkt der Notwehr geregelt. Darnach heißt es: „Der in der Statt oder usserhalb in der Statt Gricht an jemands ein Todtschlag begaht, ... der soll enthauptet werden, ... es sye dann sach, daß der Todtschleger nach der Stadt Recht mit kundtschaft gnugsamlich erzeigen möge, daß er syn Lyb und Läben zefristen, zu schirmen und zuerretten durch den umbkommen genöttiget und gezwungen worden, in söllichem Fall soll er ledig und urfech syn von meniglichem ...". In seinem „substanzlichen Unterricht" unterscheidet nun Mutach,[3]) die C. C. C.[4]) zum Vorbilde nehmend, vier Arten von Totschlag:

1. Der vorsätzliche Totschlag,

---

[1]) Vgl. oben S. 18.

[2]) Ueber diesen Begriff vgl. Osenbrüggen, a. a. O. S. 238. Darunter ist meist nicht eine körperliche Verletzung zu verstehen, sondern ein bloßes Vergreifen am Körper. Eine andere Deutung gibt Pfenninger a. a. O. S. 38 ff.

[3]) Samuel Mutach: Substanzlicher Unterricht von Gerichts- und Rechtssachen, Bern 1709, S. 150 ff. Es ist dies das erste Werk im Sinne eines bern. Rechtsbuches.

[4]) Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., Ausgabe O. J. Kohler & W. Scheel, Halle 1900; den gleichen Text weist die Ausgabe von J. Ch. Koch, Hals- oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Carls V., Marburg 1824, auf.

2. der auf Fahrlässigkeit („Nachlässigkeit") zurückzuführende Totschlag,
3. der unvorhergesehene Totschlag, wobei den Täter keine Schuld trifft, und
4. der notwendige Totschlag.

Dieser letztere wird in Art. 139 der C. C. C. selber wie folgt umschrieben: „item wellicher ein Recht nodtweher zu Rettung seins Leibs und lebens thut und den jhenen, der jne also benötigt, jnn sollicher nodtweher entleipt, der ist darumb nymands nit schulldig". Mutach begründet dann die Notwehr, die nach dem früher Gesagten den bernischen Gerichtssatzungen dem Sinne nach nicht unbekannt war, in seinem zitierten Werk folgendermaßen: „So einer jemand mit einem tödtlichen Waaffen oder Wehr überläuft, anfichtet oder schlacht und der Benöthigte kan füglich ohne Fahrlässigkeit oder Verletzung seines Leibs, Lebens Ehr und guten Leumunts nicht entweichen, der mag sein Leib und Leben ohne alle Straff durch eine rechte Gegenwehr retten: und so er also den Benöthigten entleibt, ist er darumb nicht schuldig, ist auch mit seiner Gegenwehr bis er geschlagen wird, zuwarten nicht schuldig". Mutach erfaßt mit diesen Worten durchaus zutreffend das Wesen der Notwehr, die er hier mit wenig Worten zu umschreiben versucht. Das geht noch besonders daraus hervor, daß er die Abwehr eines bloß drohenden Angriffes auch als Notwehr aufgefaßt haben will. Die Beweispflicht des die Notwehr Behauptenden erklärt er so: „Velcher sich aber nach Erfindung der That einer gethanen Notwehr berumbt und gebrauchen will und der Ankläger nicht geständig ist, so legt das Recht dem Täter auf, solche berühmte Notwehr zu Recht gnug zubeweisen. Art. 140 und 141 C. C. C." Mutach verweist hier nachdrücklich auf die C. C. C., deshalb, weil ein eigentlicher Notwehrbegriff in der G. S., wie in der V. G. S., im Gegensatz zur C. C. C. nicht festgestellt werden kann. [1]) Wohl aber hat der bernische Gesetzgeber die Notwehr in den Bestimmungen über den Urhab nie aus den Augen verloren. Der Wortlaut einzelner Satzungen spricht deutlich dafür. Eine grundsätzliche Bestimmung wurde aber nicht gebildet. [2]) Man versucht dies, wiederum wie früher, aus dem Um-

[1]) Pfenninger, a. a. O. S. 52 ff. und 89 ff.

[2]) Daß die Notwehr in der Praxis nicht unbekannt war, beweist uns deutlich eine Begebenheit aus dem Jahre 1630: Ein Herr Frisching hatte sich beim Gesellschaftshause von Schuhmachern ungebührlich aufgeführt und

stande zu erklären, daß das bernische Recht auch in dieser Beziehung (wie im allgemeinen) seinen eigenen Weg geschritten ist. Da überdies das Recht des Urhab den Begriff der Notwehr, was aus dem bisher Gezeigten ohne weiteres hervorgeht, in sich schließt, [1]) so ist nach den bernischen Satzungen in jedem Falle überhaupt nur Gegenstand der Untersuchung, ob der rechtswidrige Angriff auf eine Person im konkreten Fall als Strafmilderungs- oder Schuld- resp. Strafausschließungsgrund in Frage kommt beim Vorliegen der vom Gesetze geforderten Tatbestandsmerkmale.

Eingehende Würdigung widmet Mutach der Frage des Duelles, während er sich im übrigen auf den Urhab, außer der bloßen Bezeichnung der bereits zitierten Artikel mit Hinweis auf den Gesetzestext, nicht einläßt.

Obschon nun die C. C. C. Geltung hatte vor der V. G. S., fand eine Anlehnung an die damals als Mustergesetz berühmte Peinliche Gerichtsordnung nicht statt. Die V. G. S. hat die von der Berner Handveste begonnene Tradition, das Recht ohne äußern Einfluß auf den gegebenen, eigenen Grundlagen aufzubauen, fortgesetzt, die einmal begründeten Prinzipien beibehalten. Dem Umstande, daß das Rechtsgefühl des Volkes auf einem so konservativen, bodenständigen Fundament ruhte, ist es zu verdanken, daß das Institut des in so feiner Abstufung ausgebildeten Urhabsrechtes in den späteren Gerichtssatzungen wieder Aufnahme gefunden hat. Nicht nur in bezug auf unsere Materie, sondern es kann daher auch, gestützt auf das auf bernischem Gebiet von jeher zur Anwendung gelangte Straf- und Zivilrecht mit Pfenninger [2]) der wohlberechtigte Schluß gezogen werden, daß die C. C. C. auf das Recht im Kanton Bern lange Zeit keinen begriffsbestimmenden Einfluß ausgeübt hat, obwohl dann später, noch zur Geltungszeit der V. G. S., eine Beeinflussung der Rechtssprechung nicht bestritten wird. [3])

---

wurde von seinem einstigen Lehrer J. Isenschmied zur Ordnung verwiesen. Frisching nahm die Worte übel und wollte sich mit blankem Degen auf Isenschmied stürzen; dieser aber, die Gefahr erkennend, tötete ihn mit einem Steinwurf. Isenschmied floh, ließ aber durch seine Freunde ein Begnadigungsgesuch einreichen und wurde freigesprochen.

[1]) Vgl. oben S. 9.

[2]) Pfenninger, a. a. O. S. 80 ff.

[3]) Stettler, Staats- und Rechtsgeschichte des Kantons Bern, S. 111; im gleichen Sinne A. Meier, Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiete der heutigen Schweiz, Diss. jur. Bern 1910,

3. In gleicher Weise wie in der G. S. finden sich auch in der V. G. S. die Bestimmungen über Heimsuchung und Herausforderung mit analoger Strafsanktion wieder (15. und 17. Satzung).[1]) Ebenso wird noch das Messerzucken und der Gewehrgriff als provokatorische, friedensstörende Handlung bestraft (18. und 19. Satzung),[2]) gleichfalls das Steinaufheben, in der Absicht, damit nach einem andern zu werfen.[3])

Ohne wesentliche Aenderung gegenüber Art. 176 G. S. wird der Anlaß durch Scheltworte in der 1. Satzung des XX. Titels „wer dem andern ehrverletzlich zuredt im gächen Zorn und ihn demnach offensichtlich entschlacht" geregelt. Das gefallene Scheltwort gibt bekanntlich in den meisten Fällen Anlaß zu Streitigkeiten,[4]) wodurch der Friede gebrochen und der in seiner Ehre Verletzte entweder zu ebensolchen Scheltworten oder dann zu Tätlichkeiten gereizt wird. Dabei ist aber zu bemerken, daß der heutige Ehrbegriff, abgesehen von der neuen, zeitgemäßen Wandlung und Einstellung, nicht auf die selbe Stufe gestellt werden kann, wie der des damaligen Rechtes. Während damals anlässige Worte nicht bloß als Ehrverletzung bestraft wurden, sondern vielmehr als Vorkommnisse, die geeignet sind, den streng beobachteten Frieden in Brüche geleiten zu lassen, bedeuten diese nach dem Untergang des alten Friedensrechtes nunmehr noch e i n e strafbare Handlung, als Verletzung der Ehre im Sinne eines selbständigen Begriffes. P f e n n i n g e r[5]) geht jedoch u. E. zu weit, wenn er das Messerzucken, den Gewehrgriff nach heutigem Recht als Ehrverletzung betrachtet. Zweifellos sind sie es nach den Gerichtssatzungen, wobei subsidär die Handlung als ein die körperliche Integrität bedrohender Angriff bestraft wird. Heute dagegen wird das Messerzucken eher im Sinne einer tätlichen Bedrohung (vgl. Text des Art. 99 bern. Str. G. B.) geahndet. Hinsichtlich des Charakters dieser beiden genannten Delikte nach altem Recht hebt

---

wo gesagt wird: „Sowenig die P. G. O. im 16. und 17. Jahrhundert benützt wurde, ebensowenig wurde sie im 18. Jahrhundert die Hauptnorm; sie ist im 18. Jahrhundert nur zuweilen, nie aber als regelmäßige Quelle benützt worden." S. 207.

[1]) Vgl. S. 28 ff. oben.

[2]) Blumer, a. a. O., Bd. 2, S. 44.

[3]) Ebenso in Nidwalden, Zug, Appenzell, Obwalden, vgl. Blumer, a. a. O. S. 20.

[4]) Blumer, a. a. O. S. 25 ff.

[5]) Pfenninger, a. a. O. S. 30.

Pfenninger[1]) dann zutreffend hervor, daß ihnen nicht eine Nichtbeachtung der Ehre zugrunde liegt.

4. Zusammenfassend kommen wir in der V. G. S. zu folgendem Resultat: Sind bis anhin in den Rechtsquellen (Berner Handveste, Satzungen und G. S.) unter dem den Bogen überspannenden Recht des Urhab Provokation und Notwehr unterschiedlos vermengt worden, so sondiert die V. G. S. doch merklich tiefer nach dem Wesen der einzelnen Institute, besonders gegen die Reizung hin; denn wenn schon in den genannten Quellen das Recht des Urhab allgemein bekannt war, so wird doch erstmals in der V. G. S. der Versuch gewagt, die Reizung als selbständigen und wesentlichen Bestandteil des Strafmilderungsrechtes auf dem wichtigen Gebiete der Körperverletzung in den Gesetzestext aufzunehmen. Dadurch, daß die V. G. S. einige Urhabsbestimmungen fallen gelassen hat, gewinnt sie nur Raum, um nach Möglichkeit zwischen Reizung und Notwehr zu scheiden, obgleich ein grundsätzlicher Notwehrbegriff noch fehlt. Solange jedoch das bernische Strafrecht mit dem doch zu allgemeinen Begriff des Urhab operiert, ist es auch nicht möglich, diese beiden Institute streng auseinander zu halten. Daher ist es nicht unerklärlich, daß ein eigentliches Provokationsrecht und ein eigentliches Notwehrrecht bisher nicht zur Ausbildung gelangen konnte. Es mag nun doch gefehlt haben, daß diesen bernischen Strafgesetzbüchern wissenschaftliche Einflüsse abgegangen sind.

§ 8. Der Urhab in der Gerichtssatzung von 1761.

1. Der von Prof. Lerber ausgearbeitete Entwurf zu einer neuen Gerichtssatzung wurde im Jahre 1761 Gesetz. In seinem Aufbau nimmt dasselbe stark Anlehnung an die Rüttische Kodifikation.[2]) Seinem Inhalt nach ist dieses Gesetzeswerk ausführlicher, mit feineren Nüancen als die vorangegangenen Satzungen, aber immer noch so, daß doch mit zäher Ausdauer an den einmal begründeten und überlieferten Leitsätzen festgehalten wird. Es beansprucht ferner Geltung für den ganzen deutschsprechenden Teil des Staates Bern (der damals einen beträchtlichen Umfang aufwies),

---

[1]) Pfenniger, a. a. O. S. 30.

[2]) Huber, a. a. O. S. 35 ff. Vgl. Erneuerte Gerichtssatzung, S. 503 ff. im folgenden E. G. S. bezeichnet.

wie der Titel lautet: „Erneuerte Gerichtssatzung für die Stadt Bern und derselben Teutschen Städte und Landschaften".

2. Wenn wir gleich auf den Inhalt und die für uns in Betracht kommenden Satzungen eingehen, so können wir vorab feststellen, daß die 14. Satzung des VI. Titels im IV. Teil des Buches erstmals, seit der G. S. mit wörtlicher Bezeichnung im Marginale vom Urhab handelt, indem dieses Institut in einem einzigen Artikel mit folgendem Wortlaut zusammengefaßt wird: „Wenn der, so beklagt wird, als hätte er jemanden durch Herdfall, Blutschlag oder Wundthaten an seinem Leib beschädiget, nach Form Rechtens erzeigen mag, daß der andere der U r h a b gewesen: Indem derselbe ihn mit Werken so sehr gereitzt und angetrieben, daß er solches zu Beschirmung seiner E h r und seines Leibes thun müssen; So soll er der Klag frey und ledig seyn: Und hinggen soll denn zumal der andere, den der Richter für den Urhab erkennen wird, nicht nur den ihm zugefügten Schaden an sich selbst haben, sonndern auch die Straf des Frevels, es sey Herdfall, Blutschlag oder Wundthat, die dem Beklagten sonst wäre auferlegt worden, an derselben statt leiden und abtragen".

Wenn also bisher die Gerichtssatzungen den Urhab in mehreren Bestimmungen geregelt haben, kehrt die E. G. S. im wesentlichen von diesem System ab und versucht mit einem Artikel zu erfassen, was bis dahin mehrere zu regeln versucht haben. Wir haben oben (S. 44) bemerkt, daß, solange der Gesetzgeber von Urhab spricht, darunter begriffsnotwendig Notwehr w i e Provokation verstanden werden kann. Da jedoch diese beiden Institute grundsätzlich auseinander zu halten sind, — die Provokation beschreitet bewußtermaßen, ihrem besondern Wesen entsprechend, den eigenen Weg der Strafmilderung, die Notwehr, gemäß ihrem ebenso besondern Charakter, die Rechtswidrigkeit der Handlung beseitigend, den der Straflosigkeit in allen Fällen, — so spricht diese Vermischung weder für eine glückliche Lösung des Gesetzgebers noch für eine besonders hohe Kenntnis des Gesetzesredaktors in bezug auf Provokation und Notwehr. Daß in den bernischen Rechtsquellen nicht scharf genug getrennt wird, vielleicht mit Absicht, ist einmal darauf zurückzuführen, daß man weder das eine noch das andere dieser Institute im Grund der Dinge richtig erfaßt hatte, zum andern darauf, daß man in beiden Fällen dem Urhab die gleiche Strafe auferlegen wollte. Man hatte somit keinen Grund und gab sich auch keine Mühe, eine Scheidung vorzunehmen. Das alte Frie-

densrecht wurzelte zudem noch allzu fest in der Rechtsauffassung des Volkes.

Während die 10. Satzung des XIX. Titels der V. G. S. durchaus richtig Provokation als Urhab anschließend an die Körperverletzungen behandelt, sucht die E. G. S. traditionsgetreu, mehr in Anlehnung an die G. S., den Urhab generell in einer Satzung abschließend zu regeln. Diese Regelung wäre absolut zu billigen, wenn, wie bereits angetönt, folgerichtig zwischen Notwehr und Provokation geschieden würde, was nun aber hier, wie aus dem Wortlaut der 14. Satzung hervorgeht, keineswegs der Fall ist. Es mag sein, daß darin die E. G. S. eine neue Praxis, diejenige der später (Art. 145 Al. 2 bern. Str. G. B.) aufgenommenen Urhabshaftung für erste Tätlichkeiten begründen wollte. Diese ist, soweit sie die Reizung erfassen will, begründet und am Platze; wenn aber darunter auch Notwehr verstanden wird, ist sie neben der allgemeinen Notwehrklausel vollständig überflüssig.

Die Urhabsbestimmung der 14. Satzung lehnt sich dem Wortlaute nach stark an die Notwehr des Angegriffenen, Gereizten (Provokation?) an, indem gesagt wird, daß dieser „solches (die dem Anreizer zugefügten Verletzungen) zur Beschirmung seiner Ehr und seines Leibes thun müssen". Die V. G. S. spricht sich, die gleiche Absicht zum Ausdruck bringend, besser aus, wenn sie sagt: „dadurch der ander bewegt wurde". Während der Gesetzgeber bei den Worten: „mit Werken so sehr gereitzt und angetrieben" an Provokation denkt, wird dem erhöhten Schutz der Ehre und des Körpers des Angegriffenen insoweit besondere Rechnung getragen, als dieser zur Abwehr des dermaßen erfolgten Angriffes berechtigt erscheint. Die Strafe ist in diesem Falle für den Urhab, wie in frühern Satzungen gleichbleibend, eine sehr harte. Der Schuldige trägt nach wie vor ohne Klagerecht seinen eigenen Schaden selbst, dazu die Strafen für allfällige dem Dritten zugefügte Körperverletzungen. Dies alles nur wegen seiner friedensbrecherischen Tätigkeit. Die E. G. S. hätte nun mit der in der Folge allgemein stattgefundenen Zurückdrängung des Friedensrechts eine Milderung bringen dürfen. Unsere Rechtsquelle kommt dann nochmals bei der Behandlung der Ersatzleistung bei Körperverletzungen auf den Urhab zurück, indem in der 1. Satzung des VIII. Titels im IV. Teil des Buches darauf hingewiesen wird, daß dem Versehrten, sofern er im Streite nachgewiesenermaßen der Urhab gewesen ist, kein gesetzlicher Anspruch auf Ersatz zustehen solle.

In der E. G. S., wie nach der V. G. S., wird ferner beim Urhab vorausgesetzt, daß dieser bei seinem Angriff mit Werken vorgegangen sein müsse. Der „Urhab der Wortten" ist als Anlaß nicht mehr aufgenommen worden. Da die gesetzliche Sanktion für diesen rechtswidrigen, provozierenden Angriff offenbar versehentlich nicht vorgesehen wurde, und da nicht einzusehen ist, weshalb die schwere Beleidigung nicht ebenso gut zu einer Strafmilderung berechtigt, wie die zugefügte Mißhandlung, so kann daraus unbedenklich der Schluß gezogen werden, daß auch diese Fälle, wie dies übrigens bis anhin in den Gerichtssatzungen der Fall gewesen ist, unter dem Gesichtspunkte des Urhab zu betrachten und zu subsumieren sind.

3. Neu in der E. G. S. ist die Uebertragung des Urhabs auf Trostungsbrüche (15. Satzung). Darnach soll derjenige, der einem andern Trostung (Das Versprechen, wegen einer gewissen Sache, über die Streit ausgebrochen ist, Ruhe und Frieden walten zu lassen, 1. Satzung des III. Titels) gegeben und diese nachträglich doch gebrochen hat durch „Stich-, Schimpf- und Verachtungsreden" usw., eine Buße von 20. Pfund bezahlen. Für den Gebrauch von Scheltwörtern tritt neben diese Buße noch die ordentliche Strafe nach den Bestimmungen über Ehrverletzung (9. Satzung, Alinea 2) ein. Der Urhab wird hier somit noch immer wegen seiner Tätigkeit als Friedensbrecher bestraft.

Im übrigen finden sich auch in dieser Quelle die gleichen Grundsätze bei den einzelnen urhabsähnlichen Bestimmungen wieder, wie wir sie in den frühern Gerichtssatzungen bereits angetroffen haben. So bei Totschlag aus Notwehr, Handanlegen, Herfälligmachen, vom Werffen, Zucken, Heimsuchung usw.

§ 9. Die Kodifikationsbestrebungen nach 1761.

Daß der Rechtszustand, wie er sich bereits nach dem Erlaß der V. G. S, also nach 1614, vorfand, nicht befriedigte, fühlte man zu Anfang des 18. Jahrhunderts am lebhaftesten, da sehr oft die Entscheidungen wegen der Lückenhaftigkeit des Gesetzes einzig nach richterlichem Ermessen gefällt wurden. Dieser Zustand dauerte bis zum Inkrafttreten der „Erneuerten Gerichtssatzung" im Jahre 1761. Aber auch dieses Gesetz genügte schon bald den gesteigerten Anforderungen, die einem neuzeitlichen Strafgesetz entgegengebracht werden, nicht mehr. Es wurden Revisionen, die bereits

in vermehrtem Maße dem vorerwähnten Werk vorangegangen sind, von neuem angeregt, ohne daß aber Positives zutage befördert worden wäre. Mit dem Untergang der alten Republik Bern und der Einführung des peinlichen Gesetzbuches vom 4. Mai 1799 (in fast wörtlicher Abschrift des code pénal français vom Jahre 1791) trat das Strafgesetzgebungswesen im Kanton Bern scheinbar in eine neue Aera. Dieses Strafgesetzbuch blieb dann für das bernische Strafrecht insofern von Bedeutung, als es in der Zeit der Mediation und noch später bis zum Inkrafttreten des heute noch geltenden bern. Str. G. B. als subsidiäre Rechtsquelle galt. Bern konnte nämlich im Jahre 1803, nachdem es durch die Vermittlungsakte mit seiner Souveränität die gesetzgebende Gewalt wieder erlangt hatte, nichts Besseres tun, als seine vor der Revolution geschaffene Gerichtssatzung von neuem in Kraft zu erklären. Wenn man damals glaubte, dieses Provisorium würde nur kurze Zeit dauern, so täuschte man sich. Die Politik neu emporgewachsener Parteien vereitelte manch gute gesetzgeberische Absicht in der überdies sonst „bewegten" Zeit bis zum Inkrafttreten der Bundesverfassung. Bald darauf wurden die Arbeiten zu einem Strafgesetzbuch neuerdings ernsthaft an die Hand genommen. Endlich fand auch ein Entwurf, der zweite von Oberrichter B u r i, dem bereits mehrere andere vorangegangen waren, die Billigung des Großen Rates (30. Januar 1866). Das Gesetzbuch trat dann auf 1. Jan. 1867 in Kraft.

SPEZIELLER TEIL

4. KAPITEL.

Die Provokation als allgemeiner Strafmilderungsgrund.

§ 10. Die Provokation im allgemeinen.

I. Der Begriff.

Die Provokation als solche nimmt zweifellos im täglichen Leben einen breiteren Raum ein, als er ihr von den Strafgesetzen im allgemeinen zuerkannt wird. Sie äußert sich vor allem darin, daß ein ursächlicher Vorgang, ein Ereignis, einen bestimmten Dritten in einen seelisch-erregten Zustand versetzt, wodurch dieser, unfähig seine Sinne zu beherrschen und ohne ruhige Ueberlegung, sich zu einer strafbaren Handlung hinreißen läßt. Mit dieser Umschreibung wird das Wesen der Provokation zwar näher beleuchtet, nicht aber gesagt, was der Gesetzgeber eigentlich darunter versteht. Dieser verlangt denn auch ganz bestimmte Voraussetzungen, und nur wenn sie vorliegen, erscheint eine strafbare Handlung strafmilderungswürdig. Es scheiden alle Reizungsvorgänge aus, die entweder nicht so beschaffen sind, daß sie unter das Gesetz subsumiert werden könnten, oder bei denen überhaupt bestimmte Voraussetzungen fehlen. Es muß dies hier mit besonderem Nachdruck hervorgehoben werden, weil sich im täglichen Leben ungezählte Reizungsvorgänge abspielen, die nie beanspruchen können, vom Gesetze im Lichte einer Strafmilderung erfaßt zu werden, die aber dessen ungeachtet im Volksmund als Provokation bezeichnet werden. Es ist somit klar, daß, wenn der Gesetzgeber die Reizung

als strafrechtlich relevantes Institut behandelt wissen will, er darunter immer nur eine solche versteht, bei der bestimmte Merkmale tatbestandsmäßiger Natur erfüllt sind.

Wenn nun der Gesetzgeber nach der heute allgemein herrschenden Ansicht die Provokation mit Strafmilderung des Provozierten belohnt, so geschieht dies sicherlich nicht mehr vom Gesichtspunkt einer Vergeltung für die Verletzung des von der einen, angreifenden Partei gebrochenen Friedens, sondern einzig und allein in Berücksichtigung der seelischen Erregung, der zorneserregten Gemütsverfassung des Täters, der im Momente der Tat seiner Sinne völlig benommen ist. Der Vorsatz fehlt nicht, dagegen wohl die Ueberlegung, die durch den Zorn, der ein gewisses Höchstmaß erreicht haben muß, zerstört wird. Damit ist auch gleich die Abgrenzung gegenüber der Notwehr gefunden.

Eine zweite Frage ist dann weiter, ob bei Provokation Strafmilderung oder völliger Ausschluß der Strafe eintreten soll.[1]) Diese Frage löst sich nach dem R. Str. G. B. in der Weise, daß dort das Letztere angenommen wird, bei einer Milderungs p f l i c h t des Richters, während nach dem bern. Str. G. B. das Erstere, Strafmilderung im Sinne eines richterlichen Milderungs r e c h t s, abgesehen von Art. 145, Abs. 2, keine Zweifel offen läßt.[2])

II. Voraussetzungen der Provokation.

Nachdem wir einleitungsweise betont haben, daß die Provokation gewisse Voraussetzungen erfüllen muß, um vom Richter als Strafmilderungsgrund berücksichtigt zu werden, ist es unsere Aufgabe, uns denselben noch eingehender zu widmen.

Um den Strafmilderungscharakter der Provokation in die

---

[1]) Berner, Gerichtssaal S. 94 ff.; Erlanger, die strafrechtl. Bedeutung des § 213 R. Str. G. B., Diss. jur. Breslau 1903, S. 7; Olshausen, Kommentar zum R. Str. G. B., Bd. II, S. 765.

[2]) Art. 321 code pénal français: „le meutre ainsi que les blessures et les coups sont e x c u s a b l e s, s'ils ont été provoquées par des coups ou violences graves envers les personnes" bestimmt somit die straffreie Abwehr als Folge von Provokation. Eine erste Begriffsbestimmung dieser Art ist der erwähnte Artikel, wie Erlanger, a. a. O. S. 2 ff. behauptet, nicht, nachdem, wie an Hand des früheren bern. Strafrechts gezeigt wurde, dieses Recht schon früh bekannt und allgemein formuliert war. Der Art. 321 c. P. dürfte nur als ein in einem so großen Gesetzeswerk, wie der Code Penal eines ist, erstmals niedergeschriebenen Grundsatz für spätere, besonders deutsche Strafgesetzbücher (Bayern 1813, preuß. Str. G. B. 1856) als Vorbild gedient haben, was zweifellos auch der Fall war. Vgl. insbesondere Erlanger, a. a. O. S. 2.

Fassung eines abschließenden Begriffes bringen zu können, erachten wir es als notwendig, die vom preußischen Strafgesetzbuch vom 14. April 1856 aufgestellte, grundsätzliche Begriffsformulierung dem Nachfolgenden, insoweit dies in Einklang zu bringen ist mit der Provokationsbestimmung im bern. Str. G. B., zugrunde zu legen. Wie wir noch sehen werden, blieb die Formulierung des deutschen Gesetzes nicht ohne Einfluß auf den Art. 145, Al. 1, bern. Str. G. B. Sie lautet in § 196: Wenn bei einer Mißhandlung oder Körperverletzung der Täter ohne eigene Schuld durch eine ihm selbst oder seinem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Verletzten zum Zorn gereizt und dadurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden oder wird festgestellt, daß andere mildernde Umstände vorhanden sind, so wird im Falle der Tötung . . .[1]) Diese Bestimmung bezieht sich nun sowohl auf den provozierten Totschlag wie auf die provozierte Körperverletzung. § 213 R. Str. G. B. hat dann den genannten § 177 des preuß. Str. G. B. fast wörtlich übernommen; immerhin will das R. Str. G. B. darunter nur den provozierten Totschlag geregelt wissen:[2]) War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder seinen Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden, oder sind andere mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnis nicht unter 6 Monaten ein. Der Zwischensatz „oder sind andere mildernde Umstände vorhanden" hat in der deutschen Doktrin Anlaß zu einer Kontroverse gegeben,[3]) indem von einer Seite behauptet wird, die Provokation sei ein Privilegierungsgrund,[4]) resp. gesetzlicher Milderungsgrund, während andrerseits gesagt wird, sie sei ein Spezialfall mildernder Umstände,[5]) d. h. § 213 R. Str. G. B. sei ein privilegierter Fall des Totschlages. Für das bernische Strafrecht hat diese Frage insofern keine praktische Bedeutung, als hier die materiell rechtlichen Voraussetzungen einer Strafmilderung bei Vorliegen von Provokation überhaupt andere sind als im deutschen R. Str. G. B. Der Richter wird ermächtigt, nicht aber verpflichtet, Strafmilderung aus besonderen Gründen anzunehmen und

[1]) Berner, a. a. O. S. 295.
[2]) Erlanger, a. a. O. S. 17.
[3]) Erlanger, a. a. O. S. 7 und dort zitierte Schriftsteller.
[4]) Berner, a. a. O. S. 296; Erlanger, a. a. O. S. 7.
[5]) Olshausen, a. a. O. S. und dort zitierte Literatur.

dementsprechend die Strafe herabzusetzen (Art. 145 Al. 1, 46 a, bern. Str. G. B.). Zudem faßt unser Gesetz, wie bereits angetönt, die Provokation als ein Milderungsrecht des Richters auf, entgegen der von Erlanger[1]) u. a. vertretenen Auffassung, Provokation begründe als Privilegierungsgrund eine gesetzliche Milderungspflicht, was für die Interpretation des § 213 R. Str. G. B. zutreffen mag.

Die Provokation, wie sie als gesetzlicher Milderungsgrund nach deutschem R. Str. G. B. und nach bern. Str. G. B. vorgesehen ist, muß nun folgende Voraussetzungen aufweisen:

1. Eine Mißhandlung oder schwere Beleidigung, als Angriff auf die „körperliche oder geistige Integrität" einer Person,[2]) der den Zorn herausgefordert und den Provozierten auf der Stelle zur Tat hingerissen hat. Dabei werden nach deutschem Recht nicht alle Tatbestände, die in § 213 R. Str. G. B. in Betracht fallen, unter den Begriff der Körperverletzung und Beleidigung subsumiert. Sie werden dort unter diese andere Deliktskategorie gebracht.[3])

Im Gegensatz zum franz. Rechte, Code Pénal, Art. 321, das eine Reizung nur „par des coups ou violences graves envers les personnes" voraussetzt und dementsprechend nur Körperverletzungen durch körperlichen, rechtswidrigen Angriff entschuldigt, dagegen nicht auch die auf eine Beschimpfung oder Drohung begangene tätliche Handlung berücksichtigt, sprechen das bern. Str. G. B. und das R. Str. G. B. auch von der provozierenden schweren Beleidigung,[4]) die Berner[5]) mit Hinweis auf die germanische Rache damit begründet, daß „die Reaktion, die als die Tat eines edlen Zornes auftritt, ihrer Natur nach nicht an das Gleichmaß von Verletzung und Vergeltung gebunden ist".

2. Als weiteres Erfordernis für die begründete Annahme von Provokation wird verlangt, daß Mißhandlung oder schwere Beleidigung dem Täter selbst, einem seiner Angehörigen oder seinem Genossen zugefügt sein müsse. Was das Gesetz im konkreten Fall unter „Angehörige oder Genossen" versteht, werden wir später sehen.

---

[1]) Vergl. die Ausführungen darüber bei Erlanger, a. a. O. S. 15 ff.
[2]) Erlanger, a. a. O. S. 18.
[3]) Erlanger, a. a. O. S. 18.
[4]) Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 3, S. 437.
[5]) Berner, a. a. O. S. 297.

3. Der Täter muß auf der Stelle (augenblicklich — bern. Str. G. B.) zur Tat hingerissen worden sein. Dadurch soll gesagt sein, daß die im Affekt geschehene Tat nur durch den Umstand entschuldigt werden kann, daß die schuldhafte Reizung die spontane Reaktion in Gestalt der ausgeübten Vergeltung zur Folge gehabt hat. Die Erregung muß also unmittelbar auf die Reizung erfolgt sein. Diese kann allmählich zunehmen, wenn mehrere Beleidigungen gefallen sind, oder dann, wie in vielen Fällen, sofort das Maximum erreichen, bei dem der Provozierte seine Sinne vollständig verliert. Ist einmal dieser Grad des Affektes erreicht, dann muß der Täter sofort zur Tat schreiten, ohne sich Zeit zur Ueberlegung zu nehmen.[1]) Zwischen diesem Stadium der Erregung bis zur vollendeten Tat darf demnach kein Zeitraum liegen, der eine vernünftige Ueberlegung zulassen würde. Eine allgemeine Regel aufzustellen, wäre jedoch hier zweifellos nicht am Platze, denn wie wäre es möglich, bei der unendlich großen Spannweite des menschlichen Empfindens und Steigerungsvermögens des Affektes einen abstrakten Maßstab auf den Einzelmenschen anzuwenden?

Es ist zudem ganz dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, wie er die Tatsache zu würdigen hat, ob, hinsichtlich der körperlichen oder intellektuellen Entwicklung des Provozierten, diesem eine Ueberlegung im betreffenden Falle zugemutet werden konnte, oder ob diese Ueberlegung angesichts seiner geistigen Veranlagung fehlen durfte. Neben der Schwere des Angriffs fällt dieses Moment wesentlich ins Gewicht für die Strafzumessung innerhalb des bestimmten Strafrahmens.

Mit der Forderung, der Täter müsse zur Begehung des Verbrechens auf der Stelle oder augenblicklich hingerissen worden sein, wird nicht ein örtliches, sondern ein zeitliches Verhältnis vom Gesetzgeber gefordert. Daher ist nicht ausgeschlossen, daß auch die Beleidigung inter absentes Anlaß zu einer provozierenden Handlung geben kann.[2]) Die Analogie des Begriffes „auf frischer Tat", wie sie Holtzendorff[3]) aufstellt, ist durchaus gegeben, indem auf die erfolgte Beleidigung hin die Erregung (Entschluß zur Vergeltung) und die Ausführung des Vorsatzes als

---

[1]) Berner, Gerichtssaal, S. 299; Erlanger, a. a. O. S. 23; Olshausen, Kommentar, S. 766; Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 3, S. 43 u. a.

[2]) Erlanger, a. a. O. S. 23; vgl. ferner die interessanten Beispiele bei Holtzendorff, a. a. O. S. 437.

[3]) Holtzendorff, a. a. O. S. 438.

zusammenhängendes Ganzes eine Ueberlegung, wie wir oben gesehen haben, nicht zulassen, wodurch die Handlung sofort auf den Angriff erfolgt. [1])

4. Es wird endlich verlangt, daß der Angeschuldigte nicht selber durch die ersten Tätlichkeiten oder auf irgend eine andere Art den Verletzten oder Getöteten zu seinen provozierenden Angriffen veranlaßt hat. Er darf also dem Provokanten nicht auf irgend eine Weise Anlaß gegeben haben zu den provozierenden Handlungen, andernfalls sein Affekt nicht mehr als ein entschuldbarer erscheinen würde. [2]) Gleichgültig ist immerhin, daß ein Dritter die provozierenden Handlungen seitens des Angreifers verschuldet hat. [3]) Im letztern Fall wird dann bloß verlangt, daß der Provozierte nicht selber wußte, daß der Dritte (oder Angehörige) die ihm widerfahrene Beleidigung oder Tätlichkeit verursacht hat, andernfalls wiederum von einem unverschuldeten Verhalten des Gereizten nicht mehr gesprochen werden könnte. Dieses Mitverschulden wird aber immerhin die Zubilligung mildernder Umstände doch nicht ausschließen. [4])

Hat der Angeschuldigte die Mißhandlung oder Beleidigung durch den Verletzten oder Getöteten vorsätzlich hervorgerufen (um seinerseits Zorn vorzutäuschen, damit er den Provokanten töten oder verletzen kann, um nachher den Milderungsgrund der Provokation zu beanspruchen), so wird ihm natürlich eine solche Provokation nicht zugute gerechnet. Es ist daher im Einzelfall nicht bedeutungslos, die Frage zu prüfen, ob wahrer oder simulierter Zorn vorliegt. Die Schuld auf seiten des Täters schließt auch grobe Fahrlässigkeit nicht aus. [5])

Die Schuld als die subjektive Beziehung des Täters zum eingetretenen, rechtswidrigen Erfolg [6]) setzt Zurechnungsfähigkeit des Täters voraus. Diese muß immer vorhanden sein, damit eine menschliche Handlung den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt. Schuldlose Reizung liegt nun vor, wenn der Täter „zu den ihm oder seinen Angehörigen vom Getöteten zugefügten Mißhandlun-

---

[1]) Vgl. Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 23, S. 154, wo in zivilrechtlichem Sinne Provokation durch das Mittel der Presse angenommen wurde.

[2]) Berner, Gerichtssaal, S. 299.

[3]) Erlanger, a. a. O. S. 23.

[4]) Holtzendorff, a. a. O. S. 438, Erlanger, a. a. O. S. 23.

[5]) Holtzendorff, a. a. O. S. 436, Erlanger, a. a. O. S. 25.

[6]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 35, S. 151 u. a.

gen oder Beleidigungen eine hinreichende Veranlassung nicht gegeben" hat.[1]) Ob im konkreten Fall hinreichende Veranlassung gegeben worden ist und daher dem Täter ein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden kann, wird der Richter unter Würdigung aller notwendigen Tatsachen zu entscheiden haben. Liegt ohne eigene Schuld Mißhandlung oder Beleidigung vor, dann ist der Strafmilderungsgrund der Provokation in Anwendung zu bringen, wenn weiterhin feststeht, daß der Täter infolge der Provokation gereizt und hierauf sofort zur Tat hingerissen worden ist.[2])

III. Abgrenzung der Provokation gegenüber der Notwehr.

Nach Art. 52 bern. Str. G. B. wird eine strafbare Handlung nicht als vorhanden angenommen, wenn diese in Anwendung gerechter Notwehr, um sein oder anderer Leben, Eigentum, Besitz oder Freiheit vor einem begonnenen oder unmittelbar drohenden, widerrechtlichen, gewalttätigen Angriff zu schützen, geboten war. Das R. Str. G. B.[3]) definiert die Notwehr wesentlich kürzer als diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwenden. Für die Notwehrhandlung ist demnach entscheidend, ob die Handlung resp. Unterlassung durch die verlangte Verteidigung geboten war, oder ob die Gefahr nicht durch andere, dem Betreffenden bekannte Mittel hätte abgewendet werden können. Im Gegensatz zur Provokation (obgleich beide von einer ursächlichen Angriffshandlung ausgehen), ist hier objektiv die Strafbarkeit der Handlung beseitigt. Es liegt überhaupt keine strafbare Handlung vor, weil (und nur deshalb) die Verteidigungsmaßnahme zum Schutz von Leib und Leben geboten war. Darin liegt das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zur Provokation. Bei dieser ist die Verteidigungshandlung weder geboten, noch wird sie im konkreten Fall gefordert. Hier liegt Unrecht gegen Unrecht[4]) vor, bei Zubilligung schuldmildernder Umstände, dort steht das Recht sich zu verteidigen dem Unrecht gegenüber. Dem in Notwehr Handelnden wird keine strafrechtliche Schuld zur Last

[1]) Olshausen, a. a. O. S. 766.
[2]) Olshausen, a. a. O. S. 766, Erlanger, a. a. O. S. 25.
[3]) Vgl. § 53, R. Str. G. B.
[4]) Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 148.

gelegt. Im einen Fall somit Schuld- resp. Strafausschließungsgrund, im andern Strafmilderungsgrund. [1])

Ist der Angriff durch den Angegriffenen selbst fahrlässig oder vorsätzlich veranlaßt worden, so wird dadurch die Rechtswidrigkeit des Angriffes nicht beseitigt, die Zulässigkeit der Notwehr nicht ausgeschlossen. [2]) Daher steht auch demjenigen das Notwehrrecht zu, der, ohne selbst anzugreifen, einen andern zum Angriff provozierte, um ihm bei der Abwehr an den Leib zu kommen. [3]) Wenn nun für den Fall der Provokation Notwehr vorliegt, so kommt der Privilegierungsgrund der Reizung natürlich nicht mehr zur Anwendung.

§ 11. Die Provokation im geltenden bernischen Strafrecht.

I. Vorgeschichte zum Strafgesetzbuch vom 1. Januar 1867.

1. Der Verfassungsrat machte im Uebergansgesetz zur Verfassung von 1831 dem neuen Großen Rat zur Pflicht, seine Aufmerksamkeit auf die Strafrechtspflege, die dringend nach einem neuen Strafgesetz verlangte, zu lenken. [4]) Die im Jahre 1836 eingesetzte Kommission erhielt den Auftrag, ein Strafgesetzbuch zu entwerfen. Als Frucht der dem Volke durch die neue demokratische Staatsverfassung versprochenen Erneuerung der Kriminalrechtspflege ist der von Oberrichter Bitzius 1839 verfaßte Entwurf [5]) eines Strafgesetzbuches für die Republik Bern zu bezeichnen. Dieser brachte die Kodifikationsbestrebungen für ein neues Strafgesetzbuch in ein frisches Fahrwasser und bewies zugleich, daß die neue demokratische Regierung gewillt war, dem Volke ein den Anforderungen der neuen Zeit entsprechendes Strafgesetzbuch zu geben. Leider war diesem Entwurf nicht das Glück beschieden, Gesetz zu werden. Er fand in verschiedenen Punkten (Ehrverletzung, Mißbrauch der Presse) keine Billigung.

---

[1]) Urteil in M. B. R., Bd. 10, S. 196.

[2]) Urteil in Z. B. J. V., Bd. 43, S. 573, Bd. 44, S. 39, Bd. 54, S. 188; ferner Hälschner, a. a. O. S. 480, Bd. I; Olshausen, a. a. O. Bd. I, S. 225.

[3]) Olshausen, a. a. O., Bd. I, S. 225.

[4]) Vgl. Strafgesetzbuch für den Kanton Bern, Textausgabe mit Anmerkungen von C. Stooß, S. 15.

[5]) Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Republik Bern 1839.

Wenn wir auf den Inhalt des Entwurfes von Bitzius näher eintreten, sofern dies für unsere Materie von Interesse ist, so können wir unter Titel VI, wo von den Strafschärfungs- und Milderungsürden die Rede ist, feststellen, daß erstmals Art. 80 eine Strafmilderung vorsieht, „wenn eine ungerechte, unerwartet eingetretene Gelegenheit die Begierde des Täters gereizt und ihn schnell zur Ausführung fortgerissen hat". Was aber unter dieser „guten Gelegenheit", wie sich der Bericht an den Großen Rat der Republik Bern über die eingelangten Beurteilungen des Entwurfes eines Strafgesetzbuches [1]) ausdrückt, zu verstehen ist, wird darin nicht gesagt. Die eingetretene Gelegenheit (der widerrechtliche Angriff durch Beleidigung oder Mißhandlungen), die die Begierde gereizt und den Täter schnell zur Ausführung fort- (oder hin-) gerissen hat, bildet das objektive Tatbestandsmerkmal der Reizung. Vom Standpunkt der Rechtsprechung aus ist die Lösung, diese Tatbestandsmerkmale zu generalisieren, nicht die glücklichste; denn es würde schwer halten, allgemein festzustellen, was darunter zu verstehen ist. Es ergeben sich Schwierigkeiten in der Auslegung solcher objektiven Voraussetzungen. Die späteren Entwürfe und das heutige Gesetz sind daher mit Recht von dieser Umschreibung abgekommen.

Nicht uninteressant dürfte das in einer Eingabe an die Gesetzeskommission aufgestellte Postulat [2]) sein, das eine mildere Strafdrohung für Frauen als neue Bestimmung in den Entwurf aufgenommen wissen möchte, unter Hinweis auf die früheren Gerichtssatzungen, [3]) die (tatsächlich) für Frauen in Frevelfällen geringere Strafen androhen. Dies mit der Begründung, daß das weibliche Geschlecht für „alle Eindrücke und Gefühle, für Affekte und Leidenschaften leichter empfänglich sei als das männliche". Es ist klar, daß dieser Forderung im modernen Recht nicht mehr entsprochen werden kann.

In § 180 des zitierten Entwurfes ist ausdrücklich der Provokation in Mißhandlungsfällen gedacht. Zwar fehlt hier noch das Tatbestandsmerkmal der „zugefügten Mißhandlung", wie wir es im geltenden bernischen und deutschen Strafgesetzbuch besitzen. Dessen ungeachtet finden wir in dieser Bestimmung in bezug auf den speziellen Milderungsgrund der Reizung die Grundzüge des

[1]) Bericht an den Großen Rat (gleicher Titel wie im Text erwähnt).
[2]) Vgl. S. 109 des zit. Berichtes.
[3]) E. G. S., I. Titel, 2. Satzung des IV. Teiles.

heutigen Art. 145 Al. 1 Str. G. B. wieder. Es wird nämlich in § 179 gesagt, daß bei Zumessung der in dem vorhergehenden Paragraphen (wer vorsätzlich einen andern an seiner Gesundheit verletzt) bestimmten Strafen auf den Umstand, ob die Tat mit Vorbedacht oder im Affekte geschehen ist, „vorzügliche Rücksicht zu nehmen sei". Als eine nicht im Affekt geschehene Tat wird sodann in § 180 die Provokation und der Notwehrexzeß als besonderer Strafmilderungsgrund angeführt: „Hatte jedoch der Verletzte den Täter durch schwere Beleidigungen zum Zorne gereizt, welchen diesen auf der Stelle zur Tat hinriß, oder geschah die Verletzung durch vorsätzliche Ueberschreitung der Notwehr, so . . .". Das Strafmaß wird auch hier nach dem Grade der erlittenen Verletzungen des Provokanten abgestuft. Immerhin bleibt der Strafausschließungsgrund der Provokation in unbedeutenden Mißhandlungsfällen, wie er in Art. 145 Al. 2 Str. G. B. vorgesehen ist, noch unberücksichtigt. Darin liegt auch der Grund, daß der Einsender in Nr. IX des Berichtes an den Großen Rat über die eingelangten Beurteilungen des Strafgesetzentwurfes [1]) sagt, er vermisse den Fall des Urhabs der Gerichtssatzung (Fol. 503, Satzung XIV.). Mit dem Hinweis auf § 69 des Entwurfes, [2]) der von der Notwehr handelt, ist damit die Eingabe, wie es die Gesetzeskommission getan hat, nicht beantwortet. Denn eine Bestimmung, wonach der Urhab für die ihm von seiten des Gereizten zugefügten Verletzungen allein zu büßen hat, ist tatsächlich im vorerwähnten Entwurfe nicht enthalten. Es geht nicht an und beweist die Verkennung des speziellen Provokationstatbestandes, wenn die Kommission auf Notwehr verweist, obgleich unzweifelhaft Urhab im Sinne von Provokation vorliegt. Der Strafausschließungsgrund der ersten Tätlichkeit (Urhab im eigentlichen Sinne) für geringere Fälle entspricht durchaus der im Volke überlieferten Auffassung, daß der Urhab einzig seines friedensbrechenden Angriffes wegen die ihm daraufhin zugefügten Verletzungen sühnelos zu büßen habe.

Analog zur Mißhandlung findet auch in § 164 beim Totschlag die Provokation Berücksichtigung. Es sind auch hier die gleichen Voraussetzungen normiert, die den Strafmilderungsgrund der Reizung, ebenfalls gleichgestellt mit dem Notwehrexzeß, bilden. „Hatte jedoch der Getötete den Täter durch schwere Belei-

[1]) Bericht an den Großen Rat der Republik Bern über die eingelangten Beurteilungen des Entwurfes eines Strafgesetzbuches. Bern 1841.

[2]) Vgl. S. 161 des zit. Berichtes.

digungen zum Zorne gereizt, welchen diesen auf der Stelle zur Tat hingerissen hat, oder geschah die Tötung durch vorsätzliche Ueberschreitung der Notwehr, so ist auf Zuchthaus zu erkennen." Zu bemerken ist, daß auch hier die „zugefügte Mißhandlung", die doch sicherlich keinen unwesentlichen Reizungsgrund darstellt, immer noch nicht als objektives Tatbestandsmerkmal vorgesehen ist. Diese Bestimmung, soweit sie die Provokation betrifft, fand dann mit etwas veränderter Wortstellung im Art. 126 Str. G. B. (heute zwar aufgehoben durch Str. V. von 1928, Art. 396, X) Aufnahme.

2. Als der Entwurf Bitzius fallen gelassen wurde, beauftragte die Regierung Prof. Pfotenhauer, einen neuen Entwurf auszuarbeiten. Dieser erschien am 18. September 1852 im Drucke.[1]) Er lehnt sich in den Provokationsbestimmungen deutlich an das preußische Strafgesetzbuch an. Als privilegierter Totschlag wird in Art. 200 der Fall vorgesehen, wo der Täter „ohne eigene Schuld durch eine ihm selbst oder seinen Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und dadurch auf der Stelle zur Tat hingerissen oder wo der Totschlag durch vorsätzliche Ueberschreitung der Notwehr begangen worden ist". Diese Umschreibung des Provokationstatbestandes, inhaltlich mit derjenigen des Entwurfes Bitzius übereinstimmend, gibt in richtiger Normierung der Reizungsmerkmale die diesem Institut begriffsnotwendigen und grundsätzlichen Voraussetzungen wieder. Wenn der Körperverletzung (nach Art. 215 Al. 1 Gesundheitsbeschädigung bezeichnet) Provokation zugrunde liegt, so können die in Art. 200 Ziff. 3 angeführten „mildernden Umstände" (die Provokation ist zwar kein mildernder Umstand!)[2]) dem Täter in strafmildernder Hinsicht zustatten kommen. Hat die provozierte Mißhandlung den Tod des Verletzten zur Folge, so kann gemäß Art. 215 Ziff. 2 die Zuchthausstrafe auf 2 Jahre reduziert werden.

Resümierend ist zu diesem sorgfältig redigierten Entwurf Pfotenhauers, der leider, bald nachdem er im Drucke erschien, auf heftigen Widerstand stieß und deshalb nicht einmal beraten wurde, zu bemerken, daß er in bezug auf die Reizung die bisher klarste Regelung, in strenger Anlehnung an das preußische

[1]) Vgl. Entwurf Pfotenhauer, vom 18. September 1852.
[2]) Vgl. Erlanger, a. a. O. S. 18 ff.

Strafgesetzbuch, geschaffen hat. Es ist zu bedauern, daß nicht wenigstens die vorzügliche Systematik der einzelnen Artikel, vielleicht noch enger an bernische Verhältnisse angepaßt, später beibehalten wurde.

3. Oberrichter Buri wurde sodann beauftragt, ein Strafgesetzbuch auszuarbeiten, in dem die „Einzelhaft als häufigste Strafart" aufzunehmen sei. Sein erster Entwurf [1]) wurde 1856 in einer Kommission geprüft und vorberaten. Er erschien ohne Datum mit einem Motivenbericht im Drucke.

Inhaltlich lehnt sich dieser Entwurf wiederum stark an denjenigen von Bitzius an, glaubt aber, mit wesentlich weniger Artikeln auskommen zu können als alle bisherigen Entwürfe. Dies könnte leicht die Meinung aufkommen lassen, die Arbeit sei nicht ernsthaft genug geleistet worden. Und wir halten dafür, diesen Vorwurf materiell begründen zu können mit dem Hinweis auf die uns besonders interessierenden, knapp ausgefallenen Provokationsbestimmungen, formell mit der Tatsache, daß von Anfang an gegen den Entwurf Opposition gebracht wurde, die sich zwar vor allem auf einzelne andere Punkte bezog. Immerhin wurde durch diesen Versuch die Arbeit für einen zweiten, [2]) durch den gleichen Verfasser ausgearbeiteten Entwurf wesentlich erleichtert. Für die Redaktion des französischen Textes dieses zweiten Entwurfes wurde Regierungstatthalter Desvoignes herangezogen. Dieser zeichnete sich dann allerdings durch bessere Ausgestaltung und eingehendere Würdigung einzelner strafrechtlicher Gebilde, so vor allem der Provokation, aus. Nach Anbringung zahlreicher Ergänzungen und Abänderungen schien er auch würdig, als Vorentwurf zum heute noch geltenden Strafgesetzbuch von 1867 zu gelten.

Art. 95 Ziff. 2 des ersten Entwurfes von Buri übernimmt den gleichen Inhalt des Art. 200 Ziff. 3 des Entwurfes Pfotenhauers betreffend den provozierten Totschlag. [3]) Wir brauchen daher nicht mehr näher darauf einzutreten. Dagegen bringt Art. 99 eine neue

---

[1]) Vgl. 1. Entw. Buri, ohne Datum (wahrscheinlich 1856) gedruckt, mit Bericht über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Kt. Bern; genannter Bericht über den Entwurf eines Strafgesetzbuches (1856).

[2]) Vgl. 2. Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Kt. Bern, Entwurf Buri und Desvoignes vom 28. Oktober 1864. Hiezu liegen noch die Abänderungsanträge der Kommission und des Redaktors des deutschen Textes (für unsere Materie aber nicht von Belang) vor.

[3]) Entwurf Pfotenhauer vom 18. September 1852, oben S. 56.

Bestimmung, die im geltenden Str. G. B., Art. 145 Al. 1, stehen geblieben ist. Es handelt sich um den Fall, wo die Mißhandlung derart war, „daß nur eine geringfügige Verletzung als wahrscheinlich erschien, so daß der Tod mehr einem voraussichtlichen Zufall, als der Handlung des Täters beigemessen werden muß". Der zitierte Artikel fährt dann weiter fort: „oder ist letzterer (der Täter) durch eine ihm oder seinen Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung augenblicklich zur Tat hingerissen worden". Die erste Bestimmung fand insbesondere im Hinblick auf einen im Amt Signau vorgekommenen Fall [1]) Aufnahme, wo durch unglückliche Umstände eine in einem unbedeutenden Raufhandel erlittene, an sich geringfügige Verletzung, den Tod des Mißhandelten zur Folge hatte. Die letztere wurde dann wörtlich in den Art. 145 Al. 1 Str. G. B. aufgenommen, nachdem sich somit der Verfasser, Buri, bezüglich des Strafmilderungsgrundes im Mißhandlungsfalle auf vorgängige Reizung positiv ausgesprochen hatte. [2]) Im bereinigten Entwurf Buri von 1864 [3]) finden sich nun die gleichen Bestimmungen wieder in bezug auf Provokation, wie im heutigen Strafgesetzbuch. In den Verhandlungen, die bis zur Gesamtabstimmung der Gesetzesvorlage, 30. Jan. 1866, dauerten, sind keine für uns bedeutsame Aenderungen oder Ergänzungen angebracht worden. [4])

II. Die einzelnen Bestimmungen im Str. G. B.

Wie wir bereits in den Vorentwürfen zum bern. Str. G. B. [5]) gesehen haben, wird die Provokation getrennt behandelt für Totschlag und Mißhandlungen (Art. 126 und 145 Al. 1, bezw. 139—41). Neu hinzugekommen [6]) ist einzig der die bernische Provokation charakterisierende Art. 145 Al. 2, womit dem Urhab früherer Gerichtssatzungen, insbesondere derjenigen von 1761, neuerdings wieder Rechnung getragen wird, nachdem diese typische Urhabsbe-

---

[1]) Motivenbericht zum Entwurf einer Str. G. B. für den Kt. Bern, S. 78.

[2]) Siehe ebenda, S. 78.

[3]) Entwurf Buri und Desvoignes vom 28. Oktober 1864.

[4]) Nur die Artikelbezeichnung hat eine Aenderung erfahren.

[5]) Vgl. oben, S. 53 ff.

[6]) Ob in der Gesetzesberatung der Kommission, ob durch Anregung im Großen Rat oder durch rein persönliche Initiative des Redaktors, ist nicht in Erfahrung zu bringen, da sämtliche Gesetzesmaterialien zum Entwurf des heutigen Str. G. B. auf der zuständigen Amtsstelle fehlen.

stimmung in den früheren Entwürfen keinen Platz gefunden hatte, trotzdem von dritter Seite eine entsprechende Anregung fiel.[1]) Damit nimmt nun der Urhab im geltenden Gesetz wiederum den Platz ein, den er in den früheren bernischen Rechtsquellen innehatte.

Bei der Betrachtung der Provokationsbestimmungen im Str. G. B. gehen wir am besten von folgender Unterscheidung aus, die wir auch zum Ausgangspunkt nachfolgender Auslegung setzen:

a) Die Provokation bei Totschlag als Strafmilderungsgrund nach Art. 126 Str. G. B. (obsolet, ersetzt durch den Art. 396 X des Gesetzes über das Strafverfahren des Kantons Bern vom 20. Mai 1928, wodurch ein neuer Artikel 46 a in das Str. G. B. eingeschoben wird, der von der Strafmilderung aus besonderen Gründen handelt).

b) Provokation bei Mißhandlungen als Strafmilderungsgrund nach Art. 145 Al. 1, anzuwenden auf die Art. 139—41 Str. G. B.

c) Provokation als Strafausschließungsgrund bei Mißhandlungen, wenn die Verletzungen nicht die in den Art. 139—41 vorgesehenen Folgen haben. (Strafausschließungsgrund der ersten Tätlichkeiten im Sinne überlieferter Urhabshaftung).

d) Provokation bei Ehrbeleidigungen als Strafausschliessungsgrund, wenn nicht die Artikel 177 und 178 Platz greifen. Art. 256 Ziff. 4.

Ad a. Der Totschlag auf Provokation findet an und für sich im R. Str. G. B. (Art. 213) und Code pénal français (Art. 295) eine weitgehendere Würdigung als etwa im bernischen Strafgesetzbuch. Das geht äußerlich schon daraus hervor, daß in beiden Gesetzen die Provokation genau umschrieben wird und zwar mit den Worten, wie sie in unserem Gesetz bei der Provokation von Mißhandlungen anzutreffen sind, im Gegensatz auch zum Entwurf Pfotenhauer,[2]) der die deutsche Systematik angenommen hat. Der Geset-

---

[1]) Vgl. oben, S. 58.

[2]) Vgl. Entwurf Pfotenhauer, oben, S. 56.

[3]) Bezügl. des Art. 126, Al. 2 fand eine Ersetzung nur hinsichtlich des Strafmaßes, nicht etwa wegen des Strafmilderungsgrundsatzes der Provokation statt, der im Prinzip die rechtliche Anerkennung auch im neuen Artikel 46 a nicht verschlossen bleibt.

zesredaktor des Vorentwurfes zum Str. G. B., Buri, wird sich beim Art. 126 Str. G. B. wohl vor allem das tatsächliche Anwendungsgebiet der Milderungsbestimmung dieses Provokationsfalls vor Augen gehalten haben, dem in praxi lange nicht die Bedeutung zukommt wie der Schwesterbestimmung von Art. 145. Da die Anwendung des Art. 126 Al. 2 in der Rechtsprechung mangels gerichtlicher Entscheide nicht weiter verfolgt werden kann, kann verzichtet werden, darauf näher einzugehen, da zudem noch diese Bestimmung durch den bereits oben zitierten Artikel 46 a Str. G. B. ersetzt worden ist. Die Tatbestandsmerkmale sind übrigens auch hier dieselben wie in Art. 145 Al. 1, auf die wir im nächsten Abschnitte zu sprechen kommen werden. [1])

Der nun eingeschobene Artikel 46 a, zutreffenderweise im Marginale „Strafmilderung aus besonderen Gründen" bezeichnend, ist seinem Ursprunge nach wörtlich-genau dem Art. 61 des Entwurfes zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918 entnommen worden, der seinerseits mit Unrecht die darin abschließend enumerierten Strafmilderungsgründe als „mildernde Umstände" bezeichnet. [2]) Während nun aber der erwähnte Entwurf selber neben diesen speziellen Strafmilderungsgründen keine anderen mehr bei den einzelnen Delikten berücksichtigt, trifft dies dagegen noch im bern. Str. G. B. zu. Die Doppelspurigkeit, die durch die Einfügung des genannten Milderungsartikels als allgemeiner Strafmilderungsgrund im Sinne der Anwendung der zitierten speziellen Milderungsgründe auf alle gesetzlich vorgesehenen strafbaren Tatbestände geschaffen worden ist, würde an sich nichts Unbedenkliches auf sich haben, wenn auch konsequenterweise die Strafzumessungsfrage eine Aenderung, resp. Anpassung an das bisherige Strafensystem erfahren hätte. Daß dem nicht so ist, beweist ein Beispiel.

Dadurch, daß eine politische Strömung bei Gelegenheit einer partialen Strafrechtsrevision auch ein milderes Strafensystem als das bisherige verlangte und in Form des obigen neuen Strafmilderungsartikels ebenfalls durchsetzen konnte, wurde in das bisherige Strafrechtsganze ein Gebilde eingefügt und verpflanzt, das im entnommenen modernen Strafkodex zweifellos hineinpassen mag, aber nicht in das bereits ein schönes Alter aufweisende bernische Strafgesetzbuch. Dieses Gesetz wird dadurch, rein objektiv betrachtet,

---

[1]) Art. 126, Al. 2 verwies übrigens auf die Provokationsbestimmung in Art. 145, Al. 1 Str. G. B.

[2]) Vgl. unten, S. 110.

seiner inneren Einheit beraubt; denn bloß für den aufgehobenen Art. 126 Al. 2 bildet der Art. 46 a wirklichen Ersatz und im übrigen ist er überflüssig bezüglich der Provokation. Ja, für einen Fall bildet er noch eine (zwar nicht gewollte) Verschärfung der Strafe, nämlich dann, wenn beispielsweise in einem Mißhandlungsfall die Tat den Tod des Provokanten zur Folge hat.

Liegt erwiesenermaßen Provokation vor, so kann gemäß Art. 139 Str. G. B. in Verbindung mit Art. 145 Al. 1 Korrektionshausstrafe ausgesprochen werden, nach Art. 46 a dagegen könnte nur auf Zuchthaus bis auf 1 Jahr erkannt werden. Der Art. 46 a zeitigt somit, auf die Mißhandlungsfälle angewendet, nicht das gewünschte Resultat und wird daher in praxi nur als Ersatz für den Art. 126 Al. 2 in Frage kommen,[1]) wofür er in erster Linie auch gedacht ist, trotzdem er als allgemeiner Strafmilderungsgrund das Privileg für sich in Anspruch nehmen könnte, auf alle strafrechtlich relevanten Tatbestände des Gesetzes Anwendung zu finden, solange nicht speziellere Milderungsgründe die allgemeinen ausschließen.

Inhaltlich bildet dieser Artikel 46 a eine knappe Enumeration besonderer Strafmilderungsgründe, darunter auch als fünften Fall die Strafmilderung für ungerechte Reizung oder Kränkung, die den Täter in großen Zorn oder Schmerz versetzte, wodurch er zu einer strafbaren Handlung sich hat hinreißen lassen. Auf die einzelnen Begriffsmerkmale treten wir auch hier nicht näher ein, weil sie Gegenstand späterer Betrachtung sein werden.

Ad b. Art. 145 Al. 1 erfaßt nun die Provokation als Strafmilderungsgrund bei Vorliegen schwererer Verletzungen, die entweder den Tod (Art. 139), dauernde Arbeitsunfähigkeit (Art. 140) oder eine zeitliche Arbeitsunfähigkeit von über 20 Tagen (Art. 141) des Provokanten zur Folge haben. Die Strafmilderung besteht hier in der Umwandlung der (dem Gesetze nach) entehrenden Zuchthausstrafe (Art. 140) und der (nach allgemeiner Auffassung im Volke) entehrenden Korrektionshausstrafe (Art. 141) in Gefängnis bei dauernder oder zeitlicher Arbeitsunfähigkeit oder in der Umwandlung der Zuchthausstrafe in Korrektionshaus (Art. 139) im Falle des Todes des mißhandelten Provokanten. Notwendig ist in allen Fällen das Vorliegen einer Provokation, mit Kausalzusammenhang zwischen Rei-

[1]) Unsere kritische Bemerkung zu Art. 46 a bezieht sich allein auf die Auswirkung bezüglich der Provokation. Ob auch in anderen Punkten das gleiche Resultat festgestellt werden kann, ist nicht unsere Aufgabe, zu prüfen.

zung und Verletzung, die charakterisiert wird durch das Vorhandensein besonderer, hiernach zu erläuternder, bestimmter objektiver und subjektiver Tatbestandsmerkmale.

In subjektiver Hinsicht wird nämlich vom Gesetz verlangt:

1. daß der Täter durch die erlittene Mißhandlung oder schwere Beleidigung gereizt worden ist,
2. daß der Täter augenblicklich (auf der Stelle) zur Tat hingerissen worden ist.

   In objektiver Hinsicht:
3. daß die Mißhandlung oder schwere Beleidigung dem Täter selbst, seinen nahen Angehörigen oder seinem an Ort und Stelle gegenwärtigen Genossen zugefügt worden ist, und
4. daß der Provozierte die ersten Tätlichkeiten des Verletzten nicht selber provoziert hat.

Dieses letzte Erfordernis ist im Gegensatz zum R. Str. G. B., das ausdrücklich verlangt, daß der Täter ohne eigene Schuld gereizt worden sein müsse, im Texte des Art. 145 Al. 1 nicht enthalten. Diese aber vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzte Tatsache wird in der Judikatur ebenso verlangt. [1])

1. Ein wesentliches Merkmal des Strafmilderungsgrundes der Provokation ist das Vorliegen einer Reizung überhaupt, sei es durch eine Mißhandlung oder schwere Beleidigung. Für den Richter liegt die Schwierigkeit darin, zu untersuchen, ob der Angeschuldigte in Berücksichtigung der gefallenen Tätlichkeiten oder Beleidigungen wirklich provoziert werden konnte, resp. ob dieser als Folge derselben überhaupt provoziert worden ist und ob diese Reizmittel tatsächlich derart beschaffen waren, daß ohne weiteres Provokation angenommen werden kann. Die richtige Beurteilung dieser Fragen ist gewiß nicht leicht und von der Antwort allein hängt es ab, ob für die betreffende Handlung eine mildere Strafe in Aussicht genommen werden kann. Wenn die provokatorische Natur der Mißhandlung oder Beleidigung den Richter ohne alle Zweifel lassen, und wenn dieser ferner überzeugt ist, daß auch nichts anderes beim Täter berechtigten Zorn auslösen konnte, wodurch dieser dann ohne ruhige Ueberlegung zum seinerseitigen

[1]) Vgl. Urteil in Z. B. J. V., Bd. 43, S. 573 und Bd. 47, S. 98.

Angriff veranlaßt wurde, dann kann er in einem solchen Fall mit Recht Provokation annehmen, sofern natürlich noch die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Annahme einer solchen erfüllt sind.

Wann liegt nun subjektiv eine Reizung vor? Der Gesetzgeber beantwortet die Frage so, daß er eine Reizung in subjektiver Hinsicht nach Art. 145 Al. 1 nur in dem Verbum „hingerissen" voraussetzt, was aber eigentlich bereits die Folge der objektiv erfolgten Provokation bedeutet. Mit diesem Tätigkeitswort will das Gesetz nur den Kausalzusammenhang, die tatbestandsnotwendige Verbindung der objektiven und subjektiven Provokationsvoraussetzungen zum Ausdruck bringen. Wenngleich nun objektiv die Tatbestandsmerkmale der Provokation vorliegen können, ist dann noch lange nicht gesagt, daß auch subjektiv eine Reizung vorliegt; denn während einerseits die auf Reizung abzielende Mißhandlung oder Beleidigung vorhanden sein muß, braucht es andererseits im Angriffsobjekt die auf diese ursächliche Tatsache zurückführende zornige Erregung. Es kann eben auch Reizung objektiv vorliegen, die eine Person entweder überhaupt nicht reizt (obgleich bei denselben Voraussetzungen eine andere Person in heftigen Zorn entbrannt wäre) oder bei der der Zorn im Gegner erregt worden ist, ohne daß er aber zum Ausbruch kommt. In einem solchen Fall liegt der gesetzliche Tatbestand der Provokation nicht vor, weil sich der vermeint Provozierte entweder nicht zu einer strafbaren Handlung hat hinreißen lassen oder, wenn dies doch geschehen sein sollte, seine Handlungsweise nicht im Kausalzusammenhang mit der objektiv vorliegenden Provokation steht, m. a. W., weil in subjektiver Beziehung auf seiten des Provozierten keine Provokation angenommen werden kann. Dasselbe gilt, wenn der Affekt auf schuldhaft irrige Annahme von Provokation zurückzuführen ist oder wenn, was nicht ausgeschlossen, aber selten ist, objektiv überhaupt keine Reizung vorliegt. Wenn das Gesetz als objektives Tatbestandsmerkmal der Reizung das Vorliegen einer Mißhandlung oder schweren Beleidigung vorschreibt, so wird dadurch objektiv der Kreis der provokationsrelevanten Tatbestände abgegrenzt. Obgleich nun auch subjektiv offenbar Reizung vorhanden ist, resp. der erregte Zustand des Provozierten zweifellos vorliegt und ursächlich auf eine Beleidigung oder Mißhandlung zurückgeführt werden kann, so muß weiterhin die Schwere der dem Provokanten zugefügten Verletzungen doch in einem bestimm-

ten Verhältnis zur objektiv vorliegenden Provokation sein. Das Str. G. B. stellt auf eine gewisse Proportionalität ab zwischen der provozierenden Handlung einerseits und den dem Provokanten zugefügten Verletzungen andererseits, immer das Moment subjektiver Provokation vom Gesetzgeber vorausgesetzt. Zusammenfassend können wir also sagen: liegt in tatbeständlicher Hinsicht objektiv Reizung, d. h. eine Mißhandlung oder schwere Beleidigung vor, und ist ferner das Moment des Hingerissenseins im Kausalzusammenhang, bei gleichzeitiger Berücksichtigung der zugefügten Verletzungen, bewiesen, so kann regelmäßig auch Provokation in subjektiver Hinsicht angenommen werden, sofern weiterhin subjektiv noch ein anderes Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, nämlich das zeitliche Moment der augenblicklichen Erregung mit nachfolgendem Zornausbruch.

2. In bezug auf die Auslegung des Wortes „augenblicklich" (auf der Stelle) verweisen wir auf das zum Teil schon früher Gesagte.[1]) Es ist zu diesem Erfordernis vor allem zu sagen, daß die zornige Erregung unmittelbar auf die Reizung (wobei der Zornausbruch als Folge davon ohne weiteres vorausgesetzt wird) erfolgt sein muß, jeden Zeitraum, der eine vernünftige Ueberlegung zulassen würde, ausschließend. Der Normalfall der Provokation in zeitlicher Beziehung ist somit: Reizung (im objektiven Sinne), zornige Erregung und Zornausbruch, (der dann die Verletzung der Gegenpartei zur Folge hat), wobei die zeitlichen Intervalle innerhalb dieser drei Momente nach der Individualität der gereizten Person jede vernünftige Ueberlegung ausschließen müssen. Daneben sind nun noch zwei Sonderfälle, die auf die Auslegung des Wortes „augenblicklich" nicht ohne Bedeutung wären, denkbar:

1. Die zornige Erregung wird in einem zeitlich späteren Moment, als objektiv die Reizung erfolgte, aktiv.

2. Der Zorn ist auf die Reizung hin sofort erregt worden, die Reaktion erfolgt aber erst in einem späteren Zeitpunkt.

Die Antwort auf die Frage, ob und inwieweit diese zwei Sonderfälle noch als Provokation im Sinne des Gesetzes gewertet werden können, hängt davon ab, wie der Gesetzgeber das Wort „augenblicklich" interpretiert wissen will, d. h. ob sich das Moment der Augenblicklichkeit auf den Zeitraum zwischen Reizung und

[1]) z. B. a. S. 53 hiervor.

Erregung, Erregung und Zornausbruch oder endlich auf den ganzen Vorgang überhaupt bezieht. Die logische Interpretation verlangt zweifellos nur für den letztern Fall Anerkennung, die beiden übrigen Fälle (Reizung und Erregung, Erregung und Zornausbruch) ausschließend, denn nur hier äußert sich das wahre Wesen, das Charakteristikum der Provokation, nämlich das vorsätzliche, aber überlegungslose Handeln des Provozierten auf äußere Veranlassung hin. Damit ist aber ohne weiteres klar, daß diese Grenze nur auf den konkreten Fall gezogen, d. h. in das richterliche Ermessen gelegt werden kann, denn je nach der Individualität des Menschen (und der Intensität der Reizung) braucht es kürzere oder längere Zeit, bis die zornige Erregung beim Gereizten zum Ausbruch kommt. Auf Grund dieser erwiesenen Tatsache wäre es sicherlich unbillig, wenn man die Grenzen eng ziehen würde und so beispielsweise Provokation nicht annehmen würde, wenn die Mißhandlung oder schwere Beleidigung in einem zeitlich viel früheren Moment begangen worden ist als die hierauf folgende Verletzung, so daß man also von „augenblicklich" eigentlich nicht mehr sprechen könnte. Dies jedoch nur vorausgesetzt, daß der Täter zur Zeit der Ausführung der Tat noch vollständig vom Zorn beherrscht ist. In diesem Sinne hat auch die bernische Rechtsprechung das Wort „augenblicklich" interpretiert. [1])

3. Es ist fernerhin nach dem Gesetzestexte gleichgültig, ob die erste Tätlichkeit, Mißhandlung oder schwere Beleidigung des Verletzten gegen diejenige Person sich richtete, die ihn verletzte oder ob sie einen nahen Angehörigen oder Genossen des Gegners getroffen hat. Das Gesetz beschränkt hier die provozierende Handlung nicht allein auf diejenige Person, gegen die objektiv die Reizung erfolgt ist, sondern läßt auch eine Provokation zu, die sich gegen bestimmte andere Personen gerichtet hatte.

Das Hauptanwendungsgebiet der Provokation wird sich zweifellos auf diejenigen Fälle beschränken, wo sich der provozierende Angriff gegen den Täter selbst richtete. Abgesehen von diesem Normalfall ist es nicht ausgeschlossen, daß sich der provozierende Angriff gegen einen nahen Angehörigen oder des an Ort und Stelle gegenwärtigen Genossen des Täters gerichtet hat, wodurch dieser provoziert worden ist. Der Gesetzgeber hat hier vorsorglicherweise den Geltungsbereich der Provokation objektiv sehr weit

[1]) Urteil in M. B. R., Bd. III, S. 358 ff.

gefaßt, um offenbar zu ermöglichen, daß alle im Leben am häufigsten vorkommenden Provokationsfälle von dieser speziellen Strafmilderung profitieren können.

Es ist nun die Frage, wer als naher Angehöriger im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist. Der bernische Gesetzgeber ist uns die Antwort schuldig geblieben, so daß es einzig dem Richter überlassen bleibt, zu entscheiden, wer im konkreten Fall als Angehöriger des Gereizten zu betrachten ist. Da somit dem Richter die Entscheidung überlassen bleibt, so hat dieser vor allem zu prüfen, ob der tatsächlich Angegriffene dem dadurch Provozierten im Einzelfall so nahe stand, daß die Verletzung desselben durch den Provokanten den Täter zu einem entschuldbaren Zornausbruch veranlassen konnte oder nicht. Wenn das Gesetz soweit geht und für einen Fall eine verwandtschaftliche Beziehung zwischen Angegriffenem und Provozierten nicht fordert, nämlich dann, wenn es sich um den an Ort und Stelle gegenwärtigen Genossen handelt, so ist auch anzunehmen, daß es unter der Bezeichnung der nahen Angehörigen den Kreis derselben nicht allzu eng gezogen wissen wollte. Eine Grenze zu ziehen zwischen nahen und entfernteren Angehörigen wäre immerhin möglich, wenn man unter Angehörigen einer Person nur deren Ehegatte, die Verwandten gerader Linie, die voll- und halbbürtigen Geschwister, Adoptiveltern und Adoptivkinder verstehen wollte. (Vgl. Art. 97 des Entwurfes zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch, vom 23. Juli 1918). Wir glauben, daß bei Zugrundelegung dieser Regel alle diejenigen Fälle unter den vom Gesetze aufgestellten Begriff der nahen Angehörigen fallen würden, für die ein Interesse besteht, daß sie auch der Strafmilderung teilhaftig werden, womit dieser Begriff (bewußt) weit gefaßt sein wird. Mit Abschwächung verwandtschaftlicher Gefühle nimmt überdies naturgemäß die Möglichkeit, sich wegen Verletzung gegenüber entfernteren Verwandten provoziert zu fühlen, ab. Der Kreis der nahen Angehörigen wird daher notwendigerweise nur noch die täglich oder regelmäßig in Berührung tretenden Verwandten oder gegebenenfalls die mit dem Gereizten in einem höchstpersönlichen Verhältnis verbundenen Bekannten umfassen, für die derselbe jederzeit rein persönliche, sympathische, eben auf dem tatsächlichen Umstand der Verwandtschaft oder nahen Bekanntschaft fußende Gefühle aufbringt.

---

[1]) Vgl. die Urteile in Z. B. J. V., Bd. 43, S. 573 und Bd. 47, S. 98.

Die persönlichen Gefühle kommen ferner zum Ausdruck, wenn es sich darum handelt, einem Genossen beizustehen; hier wirkt sich die Provokation meist nicht anders aus als in einem Zuhilfeeilen, Beistehen des mißhandelten oder schwer beleidigten Genossen. Da uns der Gesetzgeber auch hier hinsichtlich der Auslegung des Begriffes „Genosse" im Stiche läßt, interessiert es, zu wissen, was die bernische Gerichtspraxis darunter versteht. Diese hat denn auch den Begriff ziemlich weit gefaßt. Wenn beispielsweise bei einem ausgebrochenen Streit zwischen zwei Personen ein Dritter dem tatsächlich Angegriffenen zu Hilfe eilt und dem Angreifer in der Folge, weil er sich provoziert fühlte, Verletzungen beibringt, dann gilt er als Genosse, obschon ihn mit dem zuerst Angegriffenen nichts weiter verbindet als das bloße Gefühl, diesem beistehen zu müssen. Das Motiv, sich wegen eines gegen einen Dritten geführten Angriffes provoziert zu fühlen, ist trotzdem nicht unwesentlich. Es darf daher nicht bei jeglichem Zuhilfeeilen der Schluß auf Provokation ohne weiteres gezogen werden, besonders dann nicht, wenn der Dritte nur eingeschritten ist, um sich (später unter Zuhilfenahme des Strafmilderungsgrundes) an seinem persönlichen Feind zu rächen. Es muß also zwischen dem Angegriffenen (Genossen) und Provozierten ein persönliches, wenn nicht verwandtschaftliches Verhältnis immer vorliegen, wenn nach Gesetz die Tatbestandsmerkmale der Provokation erfüllt sein sollen. Eine genauere Beantwortung dieser Frage bleibt aber immer quaestio facti.

4. Im einzelnen Fall ist endlich darauf abzustellen, daß nicht etwa die durch Notwehr oder Provokation vorgeschützte Tätlichkeit oder Beleidigung vom Angeschuldigten selbst provoziert worden ist.[1]) Trifft nämlich dieser Umstand zu, d. h. hat der Täter die Angriffe, Mißhandlungen oder schweren Beleidigungen durch äußeres Verhalten selbst provoziert, dann wird dadurch die Rechtswidrigkeit seiner Handlungen nicht beseitigt, was bei Provokation schon ohnehin nicht der Fall ist und der Angeschuldigte kann sich hernach weder auf Notwehr noch auf Provokation berufen.[2]) Man würde das Wesen und die besondere Natur des Strafmilderungsgrundes der Provokation völlig verkennen, wollte man demjenigen, der in einem Streitfalle die ersten Mißhandlungen, Beleidigungen oder Tätlichkeiten des vermeintlichen Provo-

---

[1]) Z. B. J. V., Bd. 47, S. 365.

[2]) Z. B. J. V., Bd. 43, S. 573, Bd. 44, S. 39, Bd. 54, S. 188.

kanten selbst provoziert hat, Strafmilderung resp. Strafnachlaß (Art. 145 Al. 2) zuerkennen. Eine solche Provokation würde eine Veränderung der beidseitigen Verschuldenslage nach sich ziehen, demzufolge das Verschulden des die Provokation Vorschützenden, weil er den Angriff provoziert hat, nicht mehr als ein geringes betrachtet werden könnte. Es wäre überdies auch ungerecht, wenn der zuerst tätlich Angegriffene, wie in einem gutbegründeten Entscheid der Polizeikammer vom 8. Juli 1896 zutreffend bemerkt wird, „dergestalt aus seinem eigenen Verschulden nachträglich einen Liberationsgrund ableiten könnte". [1])

Ad c. Sind die dem Provokanten zugefügten Verletzungen geringfügiger Natur, d. h. haben sie nicht die in den Art. 139—41 genannten Folgen, dann wird der Anreizer seiner ersten Tätlichkeiten wegen selber bestraft. Außerdem kann er nicht Bestrafung des Täters verlangen und hat die Folgen seiner provozierenden Handlungsweise an sich selbst zu tragen. Der dann in der Folge zu leichteren Mißhandlungen Provozierte wird seinerseits der ersten Tätlichkeiten des Streitveranlassers (Urhab) wegen, die seinen gerechten Zorn heraufbeschworen haben und, weil er in seinem Frieden gestört worden ist, insofern entschädigt, als er soviel dem Urhab zurückzahlen darf, was er als Angegriffener durch die ersten Tätlichkeiten an Unbill erlitten hat, ohne aber hiefür eine Strafe gewärtigen zu müssen. [2]) Die zugefügte Verletzung kann sogar sehr weit gehen im Verhältnis zur provozierenden Handlung, wenn man bedenkt, daß die Mißhandlung erst von einer Arbeitsunfähigkeit mit mehr als 20tägiger Dauer Bestrafung findet. In dieser Bestimmung offenbart sich nun eigentlich die Tragweite und Bedeutung des Urhab im Strafrecht. Er findet hier im bernischen Recht traditionsgemäß seinen Platz. Die Begründung der Aufnahme dieser alten Reminiszenz ist in der bernischen Rechtsgeschichte, der wir uns im allgemeinen Teil unserer Betrachtung gewidmet haben, zu suchen, die ihre Wurzeln bereits in der Berner Handveste vom Jahre 1218 geschlagen hatte. Dieses ist das letzte Ueberbleibsel der Urhabsbestimmungen früherer bernischer Gerichtssatzungen. Also nicht des Affektes, der zornigen Erregung wegen, die im Moment der Reizung den Täter vollständig beherrscht, wie bei der Provokation, erfährt hier der rechts-

[1]) M. B. R., Bd. 13, S. 292.
[2]) Berner, Gerichtssaal, S. 286.

widrig Angegriffene eine Sonderstellung, sondern einzig und allein vom Gesichtspunkte der friedensstörenden und -gefährdenden Handlungsweise [1]) des Urhabs, der für seine rechtswidrigen, aufreizenden, die Tätlichkeit suchenden Handlungen auch gebührend bestraft werden muß. [2])

Während bei der Notwehr die Handlung nicht nur der Strafbarkeit, sondern auch der Rechtswidrigkeit entkleidet wird, bleibt bei der provozierten Verletzung, ob Urhab im Sinne der ersten Tätlichkeit oder Provokation im eigentlichen Sinne, die zugefügte Mißhandlung immer rechtswidrig. Der Täter ist hier nur, weil er Vergeltung wegen Friedensstörung oder ungerechtfertigter Reizung ausübt, minder schuldig. [3]) Eine Schuld bleibt aber neben der Rechtswidrigkeit der Handlung trotzdem noch bestehen, was hier besonders hervorzuheben ist, im Gegensatz zur Notwehr. [4]) Sie wird aber insoweit gemildert, als der Provokant seinerseits dazu beigetragen hat, den Zorn des Provozierten in das Stadium des Affektes, der heftigen Gemütserregung zu versetzen. Wenn daher, mit andern Worten, die Reizung, wie sie zweifellos auch bei der ersten Tätlichkeit vorliegt, zu einer nicht in den Art. 139—41 vorgesehenen Mißhandlung antreibt, bleibt der Täter straflos, wenn die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 145 Al. 2 erfüllt sind. Im Resultat also nicht gleich, wie bei der Provokation nach Art. 145 Al. 1, obschon in den beiden Fällen Provokation vorliegt. Der bernische Gesetzgeber hat jedoch bewußt den zuerst tätlich Angegriffenen von einem anderen Gesichtspunkt aus privilegieren wollen. Wie bereits erwähnt, stellt Art. 145 Al. 2 in seiner Fassung heute einen Strafausschließungsgrund, nicht aber einen Schuldausschließungsgrund dar. [5]) Die Frage, ob der zuerst tätlich Angegriffene eine Strafe zu gewärtigen hat, hängt demnach einerseits subjektiv davon ab, welchen Grad der Intensität die erste Tätlichkeit des Angreifers erreicht und inwieweit sich demzufolge der Angegriffene in seinem Zorne bemeistern kann, anderseits objektiv, welche Folgen die dem Angreifer zugefügten Verletzungen aufweisen. Im Gegen-

[1]) Vgl. oben S. 5 ff., 16, 21, 30 ff., 35 und 38.

[2]) In der Urteilsbegründung eines Entscheides in Z. B. J. V., Bd. 43, S. 573 wird dieser Umstand in treffender Weise hervorgehoben.

[3]) Berner, a. a. O. S. 296.

[4]) Z. B. J. V., Bd. 40, S. 641.

[5]) Z. B. J. V., Bd. 40, S. 641.

satz zu den Urhabsbestimmungen früherer Gerichtssatzungen,[1]) die entweder eine Strafbefreiung oder mildere Strafe für alle Kategorien von Verletzungen auf seiten des Urhabs vorgesehen haben, wird in Art. 145 Al. 2 objektiv die Strafbefreiung abhängig gemacht von der Schwere der dem Urhab zugefügten Verletzungen. Damit wird nun nichts anderes als eine weitere Abstufung des Strafmilderungsgrundes der Provokation, nach Art. 145 Al. 1, immerhin mit etwas veränderten tatbeständlichen Voraussetzungen und Straffolgen geschaffen. Denn eines wird sofort klar sein: der Angeschuldigte, tätlich Angegriffene, wird sich im konkreten Falle zuerst auf den Strafausschließungsgrund der ersten Tätlichkeiten zu berufen versuchen, wenn nämlich die gesetzlichen Voraussetzungen zutreffen, und erst dann, wenn dieses nicht in Frage kommen sollte, d. h. wenn entweder die dem Angreifer zugefügten Verletzungen schwererer Natur sind als in Art. 142 vorgesehen, oder wenn die Reizung erwiesenermaßen in einer Mißhandlung (nicht Tätlichkeit) oder schweren Beleidigung bestanden hat, wird er den Strafmilderungsgrund der Provokation für sich in Anspruch nehmen. Dabei ergibt sich aber praktisch e i n e Schwierigkeit: wie verhält es sich, wenn objektiv die Voraussetzungen nach Art. 145 Al. 1 (Mißhandlung oder schwere Beleidigung) zutreffen, nicht aber die dort vorgesehene Schwere der Verletzung (Art. 139—41) oder umgekehrt Art. 145 Al. 2 anwendbar wäre, dagegen objektiv die Voraussetzung der ersten Tätlichkeit nicht vorliegt? Der Gesetzgeber ist die Antwort auf diese Frage schuldig geblieben. Wir werden auf dieselbe in einem folgenden Abschnitte näher eintreten.[2]) Ebenso wird später das Wesen und die rechtliche Natur der ersten Tätlichkeit eingehender, vom Gesichtspunkte der Rechtsprechung aus, zu beleuchten sein.[3])

Wenn der Gesetzgeber, im oben geäußerten Gedankengang fortfahrend, im Falle des Art. 145 Al. 2 den Täter soweit privilegiert, daß er ihn beim Vorliegen der gesetzlich notwendigen Tatbestandsmerkmale von einer Strafe vollständig befreit, so hat er die Rechtswidrigkeit der Handlung, deren Charakter — Rechtswidrigkeit — außer Zweifel steht, sicherlich nicht von dem Umstande abhängig machen wollen, daß die durch die Verletzung zugefügte Arbeitsunfähigkeit nicht mehr als 20 Tage (Art. 142)

[1]) Vgl. oben, S. 16 ff, 34 ff., 41 ff.
[2]) Vgl. unten S. 80 ff.
[3]) Vgl. unten S. 86 ff.

gedauert hat, d. h. nicht die Folgen der Art. 139—41 zeitigte. Wenn die Rechtswidrigkeit der Handlung tatsächlich von diesem Umstande abhinge, so wäre die Bestimmung des Art. 145 Al. 2 zweifellos ein Spezialfall der Notwehr, was aber sicherlich nicht zutreffen kann und mit dem besonderen Wesen der Provokation, des provokatorischen Urhab, in Widerspruch stünde. Hier gehen die Wege bestimmt auseinander: einerseits Provokation, mit dem Spezialfall der ersten Tätlichkeiten, andrerseits Notwehr, alles überbrückend der Urhab im Sinne unserer frühern Definition. Die letzte Konsequenz ist, daß im Falle provozierter Mißhandlungen, gleichgültig ob Provokation oder erste Tätlichkeiten, die Handlung des Gereizten resp. tätlich Angegriffenen immer eine rechtswidrige bleibt.

Ad d. Nach Art. 256 Ziff. 4 wird im Sinne einer bloßen Polizeiübertretung derjenige bestraft, der, ohne daß er dazu gereizt worden ist, gegen jemanden in ehrbeleidigender Weise sich äußert, sofern nicht die Bestimmungen der Art. 177 und 178 in Betracht fallen.[1]) Die Strafdrohung lautet auf Geldbuße von Fr. 1.— bis 40.—. Die Reizung wird also in einem Wortstreit berücksichtigt, wo entweder die ausgestoßenen Beleidigungen an und für sich nicht schwerer Natur sind oder die Folgen des Streites unbedeutend sind. In den zahlreichen Fällen des täglichen Lebens stellt diese Bestimmung einen Schutz dar gegen leichtere Injurien, die keine Tätlichkeiten oder Mißhandlungen zur Folge hatten. Ein Unterschied zwischen der schweren Beleidigung nach Art. 14[5] Al. 1 und der ehrbeleidigenden Aeußerung nach Art. 265 Ziff. 4 kann nicht getroffen werden.

Daß der zu einer ehrbeleidigenden Aeußerung Gereizte hiefür nicht bestraft werden soll, ist vom Standpunkt des Provozierten durchaus richtig. Das Gesetz selber sagt nicht, in welcher Form die Reizung des Provokanten erfolgt sein müsse. Man wird jedoch nicht fehlgehen, diese in einer Aeußerung ebenfalls ehrbeleidigender Natur oder allenfalls in einer Tätlichkeit zu suchen. Jedenfalls muß die Reizung nicht solcher Natur sein, daß sie zu einer Tätlichkeit oder Mißhandlung führte.

Die Berücksichtigung der Provokation bei den leichtesten straf-

[1]) M. B. R., Bd. 5, S. 297. Hier wird, ohne zur Natur der Ehrverletzungen oder beleidigenden Ausdrücke nach Art. 179 und der ehrbeleidigenden Aeußerung nach Art. 256, Ziff. 4 Stellung zu nehmen, entschieden, daß im Falle des Art. 179 die in Art. 256, Ziff. 4 angedrohten Strafen auszusprechen seien.

baren Handlungen, den Ehrbeleidigungen im Sinne einer bloßen Polizeiübertretung, ist somit die letzte Konsequenz der Anerkennung derselben als Strafmilderungs- oder in diesem Fall Strafausschließungsgrund.

5. KAPITEL.

Die Provokation in der bernischen Rechtsprechung.

A. Die Provokation als Strafmilderungsgrund.

§ 12. Das Begriffsmerkmal der Mißhandlung oder schweren Beleidigung.

I. Die Mißhandlung als Begriff.

Als objektives Tatbestandsmerkmal stellt der Art. 145 Al. 1 das Erfordernis auf, daß der Täter durch eine ihm, seinen nahen Angehörigen oder seinem an Ort und Stelle gegenwärtigen Genossen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung augenblicklich zur Tat hingerissen worden sei. Es ist nun von grundsätzlicher Bedeutung, festzustellen, was das Str. G. B. unter dem Begriff Mißhandlung versteht.

Unter dem Ausdruck Mißhandlung wird im allgemeinen eine vorsätzliche Körperverletzung, die einer anderen Person, als dem Täter zugefügt wird, verstanden. [1])

Sie besteht in einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Einwirkung auf den Körper eines andern, durch die eine Störung des körperlichen Wohlbefindens von gewisser Erheblichkeit hervorgerufen wird. [2]) Im Gegensatz zur körperlichen Mißhandlung steht die geistige, wo Angriffsobjekt der Geist, die Seele der andern Person ist. [3]) Die Einwirkung auf den Körper kann eine unmittelbare (durch

[1]) Olshausen, Kommentar Bd. II, S. 796; Holtzendorff, a. a. O. S. 525 ff.

[2]) Z. B. J. V., Bd. 11, Spruchsammlung S. 41 ff. und S. 891 ff; v. Liszt, a. a. O. S. 315; Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 606 u. a.; v. Liszt gibt einen abgeschlossenen Katalog der als Körperverletzungen geltenden Tatbestände.

[3]) Olshausen, a. a. O. S. 796; v. Liszt, a. a. O. S. 316; Holtzendorff, a. a. O. S. 527; Sarauw: die Tätlichkeit als Begriff und als strafrechtlicher Tatbestand, S. 113.

Schläge, Stöße) oder eine mittelbare (durch Nahrungsentzug, Freiheitsberaubung, psychische Mittel, wie Herbeiführen eines Schreckens) sein. [1])

Es ist nicht erforderlich, daß der Vorsatz den Willen auf Herbeiführung des Erfolges in sich schließt, sondern braucht nur auf die Mißhandlung als solche gerichtet zu sein. [2]) Es ist ebenfalls eine direkte Einwirkung auf den Körper eines andern nicht erforderlich.

Da der Ausdruck Mißhandlung weitester Auslegung fähig ist, ist in einem Falle von Provokation immer auf den konkreten Tatbestand abzustellen und zu ermitteln, ob die betreffende Handlung als Mißhandlung geeignet war, den Täter zur Tat hinzureißen. [3])

II. Die Mißhandlung als Tatbestandsmerkmal der Provokation.

Das Str. G. B. definiert im 2. Abschnitt der strafbaren Handlungen gegen die Person, der die Mißhandlungen zum Gegenstand hat, den Ausdruck nirgends. Es setzt den Tatbestand der Mißhandlung in den Art. 139—45 voraus. Daraus kann geschlossen werden, daß unter Mißhandlung im Sinne des Str. G. B., in Uebereinstimmung mit der bernischen Rechtsprechung das zu verstehen ist, was wir oben zu umschreiben versucht haben, nämlich jede rechtswidrige, unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf das körperliche Wohlbefinden eines andern, also jede Störung des körperlichen Zustandes des Mißhandelten. [4]) Der durch die Mißhandlung hervorgerufene Erfolg erfährt nach dem Gesetze eine Abstufung. Dabei wird ausgegangen von der Zerstörung des menschlichen Lebens, wenn die Mißhandlung den Tod des Mißhandelten zur Folge hat (Art. 139) bis zur geringfügigsten nachteiligen Verände-

---

[1]) Holtzendorff, a. a. O. S. 437, der Autor vertritt zwar bezüglich der Miß-Handlung nach § 213, R. Str. G. B. eine andere Auffassung als Erlanger, a. a. O. S. 18.

[2]) M. B. R., Bd. 6, S. 288 ff. besonders Z. B. J. V., Bd. 47, S. 103.

[3]) Vgl. den bereits zit. Entscheid in M. B. R., Bd. 6, S. 288.

[4]) Holtzendorff: a. a. O. S. 526: „Das Wort Mißhandlung kann in einem weitern Sinn zur Bezeichnung der Handlungsweise desjenigen gebraucht werden, der eine dolose Körperverletzung verübt, denn es drückt eine absichtlich geschehene üble Behandlung aus, während von einer bloß fahrlässigen Mißhandlung zu sprechen dem Geist der Sprache zuwider wäre." Ferner M. B. R., Bd. 6, S. 287.

rung des körperlichen Wohlbefindens (Art. 142).[1]) Da einmal feststeht, daß das Str. G. B. durch den Ausdruck „Mißhandlung" keine engbegrenzte Begriffsdefinition zulassen wollte, und da ferner in keiner Weise im Gesetze selber von irgendwelchen Tatbestandsmerkmalen die Rede ist, so dürfte auch die Auslegung dieses Ausdruckes, wie sie in der bernischen Rechtsprechung zu finden ist, und die alle begriffsnotwendigen Merkmale der Mißhandlung enthält, wie sie von der Doktrin festgestellt worden sind, zutreffen.

Die Tatbestandsmerkmale des Mißhandlungsdeliktes werden in Art. 139 franz. Text des Str. G. B. zu ungenau gefaßt, wenn dieser als Mißhandlung bloß bezeichnet „un acte externe de mauvais traitements, l'intention de commettre des mauvais traitements et l'absence d'intention de causer la mort à la victime". Dies trifft eben nur in äußerlich sichtbaren, körperlichen Mißhandlungen zu, nicht aber in Fällen von mittelbarer, innerer Einwirkung auf das körperliche Wohlbefinden.[2])

Das Gesetz braucht sowohl zur näheren Bezeichnung der Provokationsvoraussetzung das Wort Mißhandlung, wie auch als objektives Tatbestandsmerkmal des mit Strafe bedrohten Deliktes selber. In beiden Fällen setzt es somit eine Mißhandlung im Sinne der oben erwähnten Begriffsbestimmung voraus.[3])

III. Die schwere Beleidigung als Begriff und Tatbestandserfordernis.

In der Literatur[4]) wird übereinstimmend die Auffassung vertreten, daß die schwere Beleidigung nicht bloß in Tätlichkeiten zu bestehen braucht, sondern, daß darunter auch alle Drohungen, ehrbeleidigenden Worte oder Gebärden, die eine Kränkung des Selbst- und Ehrgefühls[5]) zur Folge haben, zu verstehen sind.[6]) Ferner ist

[1]) Holtzendorff, a. a. O. S. 526; Olshausen, a. a. O. S. 796.

[2]) Vgl. die in einem Urteil, M. B. R., Bd. 6, S. 290 gegebene Begriffsdefinition. Die Verabreichung eines angeblichen Heilmittels wurde mit Recht als Mißhandlung im Sinne des Gesetzes angenommen. Ferner Z. B. J. V., Bd. 54, S. 139.

[3]) Z. B. J. V., Bd. 54, S. 139.

[4]) Holtzendorff, a. a. O. S. 438; Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 2, S. 42; Erlanger, a. a. O. S. 18; Olshausen, a. a. O. S. 765; Berner, Gerichtssaal, S. 297.

[5]) Hälschner, a. a. O. Bd. II, S. 42.

[6]) Holtzendorff, a. a. O. S. 438, im Gegensatz zum Code pénal fr. Art. 321: Der durch die Ehefrau begangene Ehebruch dürfte zweifellos als schwere Beleidigung für den Ehemann zu betrachten sein, ebenso unzüchtige Zumutungen an ehrbare Personen.

nicht erforderlich, daß die schwere Beleidigung gegen den Täter und Gereizten selber gerichtet wird, sondern es genügt, daß dieser in Anwesenheit anderer Personen durch öffentlich erregtes Aergernis seitens des Verletzten, das im Grunde genommen alle Anwesenden mehr oder weniger in ihren Gefühlen verletzt, derart in Zorn versetzt wird, daß er hierauf die Tat begeht. [1])

In den Fällen, wo der Täter irrtümlich, aber schuldhafterweise, eine schwere Beleidigung als Provokation angenommen hat, liegt der Strafmilderungsgrund der Reizung nicht vor. [2]) Wenn dagegen der Täter und Gereizte ohne eigene Schuld im Irrtum sich befand (der Getroffene hat zwar durch seine Aeußerungen nicht beleidigen wollen, der Täter konnte aber zur Annahme einer Beleidigung berechtigt sein), kann Provokation angenommen werden. [3]) Es wird zwar im Einzelfall schwer halten, zwischen schuldloser und schuldhafter Annahme von Provokation zu unterscheiden, denn der Täter wird immer versuchen, wenn es ihm nicht gelingt, den Richter vom Vorliegen objektiver Provokationsmerkmale zu überzeugen, doch subjektiv seine provozierte Stellung, den erregten Zustand, als rechtlich relevante Tatsache im Sinne der Reizung geltend zu machen. Ob mit Recht, kann nicht zum vornherein entschieden werden. Diese Frage hängt ab von der Beurteilung des Sachverhalts im konkreten Fall. Deshalb scheint es nicht angängig, hinsichtlich dieser Unterscheidung einen Schluß auf eine allgemeine Regel zu ziehen. Die große Varietät der psychologischen Veranlagungen der Menschen ist ihrerseits Grund genug, von allgemein begriffsbestimmenden Regeln zu abstrahieren, den konkreten Fall zur Grundlage der Erkenntnis aufzustellen. Es ist klar, daß eine an sich harmlose, völlig absichtlose Aeußerung demjenigen, den sie angeht, bei impulsiver Veranlagung, sofort als Provokation erscheinen kann, während sie vielleicht jeden andern vollständig in Ruhe gelassen hätte. Wenn nun bei schuldloser, berechtigter Annahme von Provokation, trotz Fehlen des objektiven Provokationsmerkmales der schweren Beleidigung, der Strafmilderungsgrund der Reizung gleichwohl angenommen werden kann, so soll damit vor allem dem Umstande Rechnung getragen werden, daß immerhin eine Tatsache, nämlich eine Aeußerung, obgleich nicht provozierender Natur, Anlaß gegeben hat zu berechtigter Annahme von Pro-

[1]) Olshausen, a. a. O. S. 765; Holtzendorff a. a. O. S. 438.
[2]) Olshausen, a. a. O. S. 766; Erlanger a. a. O. S. 19.
[3]) Erlanger, a. a. O. S. 19.

vokation. Der erregte Zustand des Gereizten, der eben eine vernünftige Ueberlegung ausschließt, bildet dann einzig den Grund der Strafmilderung. Inwieweit aber der vermeintlich Provozierte davon profitiert, hängt wiederum ganz vom richterlichen Ermessen ab, innerhalb des gemilderten Strafrahmens die angemessene Strafe festzusetzen. Irrtümliche Annahme von Provokation, Mißhandlung oder schwere Beleidigung ist aber tatsächlich keine eigentliche Reizung mehr; es fehlt, wie B e r n e r [1]) zutreffend bemerkt, der Schimpf, der den Provozierten berechtigen würde, wieder mit Schimpf zurückzuzahlen.

Dagegen dürfte der Milderungsgrund der Provokation nicht vorliegen, wenn der Beleidigte sich in der Person des Beleidigers irrt und statt dessen eine andere verletzt. [2]) Damit soll gesagt werden, daß den Täter trotz Vorliegens wirklicher Provokation in allen Fällen eine Schuld trifft. Obgleich er an sich „berechtigt" wäre, den erlittenen Schimpf zu vergelten, muß sich die im Affekte erfolgte Handlung doch notwendigerweise, damit sie als eine provozierte gewertet werden kann, ausschließlich auf den provozierenden Angreifer beschränken. Irrtum im Objekt und irrtümliche Annahme einer Beleidigung sind daher insofern grundsätzlich nicht wesensverschieden, als in beiden Fällen einerseits zugegeben ein Affektzustand, andrerseits aber objektiv keine Provokation im Sinne des Gesetzes vorliegt.

Es ist letzten Endes auch nicht notwendig, daß die Beleidigung, die den Zorn des Beleidigten rechtfertigt, völlig ausgesprochen, resp. vollendet ist oder nicht. [3]) Nach dem Gesetz, Art. 145 Al. 1, genügt es, daß eine Reizung überhaupt so erfolgt ist, daß dadurch der Täter augenblicklich zur Tat hingerissen worden ist. Gleichgültig ist dabei, ob der Verletzte allein die schwere Beleidigung zugefügt hat oder ob er als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe gehandelt hat.

[1]) Berner, Gerichtssaal, S. 296: Das Zurückzahlen von Schimpf mit Schimpf war nach altem Recht eine durchaus berechtigte und daher straflose Maßnahme.

[2]) Anderer Ansicht scheint Holtzendorff, a. a. O. S. 438 zu sein, wenn er sagt, daß „dem zum Zorne gereizten Totschläger ein Irrtum in der Person des Beleidigers nachgesehen werden müsse".

[3]) Die gleiche Meinung vertritt E r l a n g e r, a. a. O. S. 20, der auch zuerst die von Holtzendorff, a. a. O. S. 438 vertretene Auffassung mit dem zutreffenden Argument widerlegt, daß eine unmittelbar bevorstehende Reizung, wie sie eben H. noch zulassen will, „niemals eine derartig hochgradige Erregung, die zu Totschlag führt, entschuldigen würde".

§ 13. Analoge Anwendung von Art. 145 Al. 1 auf Art. 142 Str. G. B.?

Hat die zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung, welche den provozierten Täter augenblicklich zur Tat hingerissen hat, eine Verletzung mit den in den Art. 139—41 vorgesehenen Folgen, nämlich den Tod, dauernde oder zeitliche Arbeitsunfähigkeit von über 20 Tagen, so ist der Strafmilderungsgrund der Provokation, sofern die gesetzlich geforderten Tatbestandsmerkmale der Reizung erwiesen sind, zu berücksichtigen. Es kann eine Milderung der Strafe gemäß Art. 145 Al. 1 ausgesprochen werden und zwar im Fall des Art. 139 (Mißhandlung mit tödlichem Ausgang) Korrektionshaus und in den Fällen von Art. 140 und 141 (dauernde oder zeitliche Arbeitsunfähigkeit) Gefängnis.

Ist indessen auf die erfolgte (schwere) Beleidigung der Provokant nur leicht mißhandelt worden, resp. dauerte die Arbeitsunfähigkeit nicht mehr als 20 Tage (Art. 142), so kann der Angeschuldigte auf Klage des Verletzten hin (also Antragsdelikt und nicht Offizialdelikt wie in den Fällen von Art. 139—41) mit Gefängnis oder Korrektionshaus bestraft werden. Eine allfällig bestehende und nachgewiesene Provokation bringt dem Täter keine Aenderung in bezug auf die Strafart, wohl aber wird sie Berücksichtigung finden bezüglich des Strafmaßes. In diesem Punkte setzt nun in der Rechtsprechung eine Kontroverse ein, indem in einem ersten Falle nach einem älteren Entscheid [1]) analoge Anwendung von Art. 145 Al. 1 als Strafmilderungsgrund auf die leichteren Mißhandlungsfälle des Art. 142 anerkannt, in einem späteren Falle dagegen Analogie verneint wurde.

Bevor die Frage, was Rechtens sein soll, zu lösen versucht wird, dürfte es von Nutzen sein, auf die geschichtliche Entwicklung des Urhabs noch einmal zurückzugreifen, die besondere Rolle, die er bis heute im bernischen Recht gespielt hat, bei dieser Gelegenheit neuerdings vor Augen zu führen.

Wie wir früher oftmals festzustellen Gelegenheit hatten, war der bernische Gesetzgeber zu allen Zeiten sichtlich bestrebt, den Urhab als Friedensstörer, Verletzer der öffentlichen Ruhe und Ordnung streng zu bestrafen und beim provozierten Täter hinsichtlich der Strafe Milde walten zu lassen. So kann beispielsweise dem-

[1]) Vgl. M. B. R., Bd. I, S. 402 ff., der gegenteilige Entscheid in M. B. R., Bd. 9, S. 352 ff.

jenigen, der auf „grobe, ungebürliche, verachtliche und anlässige wortt gefrevelt hatt, die Leystung der Zyt", nicht aber das Leistungsgeld erlassen werden (Gerichtssatzung von 1539, Art. 148, „Urhab der wortten"). [1]) Der Angriff auf die persönliche Rechtssphäre wird hier als ein so ernster aufgefaßt, daß der Gesetzgeber eine Strafmilderung des Provczierten als durchaus gerechtfertigt und angemessen erachtet. In analogem Sinne ist dieser Milderungsgrundsatz in der Vernüwerten Gerichtssatzung von 1614 [2]) enthalten (XIV. Titel, 5. Satzung), wo übrigens die Bestimmung der G. S. wörtlich übernommen ist. Dagegen hat die darauffolgende Gerichtssatzung von 1761 [3]) den genannten Passus über den „Urhab der wortten" nicht wieder aufgenommen. Daß sie die Urhabsbestimmungen früherer Satzungen in einen Artikel zusammenfaßt, indem sie inhaltlich vom Wege der ursprünglich begründeten Urhabshaftung in dem Sinne abgeht, daß sie eine neue Richtung, diejenige der Straflosigkeit im Falle der ersten Tätlichkeit (hier aber noch Notwehr und Provokation vermischt), einschlägt, [4]) hat keine Aenderung in der prinzipiellen Stellung zum Urhab zur Folge. Sie hat wohl weniger absichtlich als versehentlich den Angriff des Urhab mit „Wercken" und nicht auch mit Worten vorgesehen (IV. Teil, VI. Titel, 14. Satzung). Da eine andere Erklärung nicht überzeugender ist und da in mehrfach gezeigter Weise feststeht, daß die Provokation durch „wortte" (Beleidigungen, Ehrverletzungen) bis dahin im Sinne des Urhab immer Strafmilderung erfahren hat, so liegt natürlich der Schluß nahe, anzunehmen, daß die Provokation auf Beleidigung in der E. G. S. auch von der allgemeinen Urhabsbestimmung erfaßt worden sein wird. [5]) Aus den Vorentwürfen zum Str. G. B. und aus den Materialien, soweit diese noch vorhanden sind, [6]) geht weiterhin nichts hervor, was erklären könnte, weshalb der „Urhab der wortten", der sich in der G. S. und V. G. S. natürlich nur auf leichtere Mißhandlungsfälle bezogen hat, im Str. G. B. nicht wieder Aufnahme gefunden hat. Wir werden daher nicht fehlgehen, den Grund des Fehlens einer bezüglichen Bestimmung im Str. G. B. in der Annahme zu suchen, daß dieses, hinsichtlich

[1]) Vgl. G. S., Art. 148 auf S. 17.
[2]) V. G. S., S. 37.
[3]) Vgl. E. G. S., S. 44 ff.
[4]) Oben S. 43.
[5]) Vgl. oben S. 47.
[6]) S. 58.

unserer Materie von der E. G. S., weitgehendst beeinflußt worden sein muß, indem infolgedessen die Beleidigung als Provokationstatbestand für die leichteren Fälle des Art. 142 vollständig übersehen worden ist. Es ist ohne weiteres klar, daß, wenn das Gesetz die Beleidigung (und nur um diese dreht sich die Streitfrage) für die Fälle des Art. 139—41 berücksichtigt, diese ebenso vorliegen kann in den leichteren Mißhandlungen nach Art. 142, soweit natürlich nicht der Strafausschließungsgrund der ersten Tätlichkeit Platz greift. Der Gesetzgeber ist einer Kollision der Bestimmungen in Alinea 1 und 2 des Art. 145 dadurch aus dem Weg gegangen, daß er für die leichteren Mißhandlungsfälle expressis verbis nur den Strafausschließungsgrund der ersten Tätlichkeit anwendbar erklärte als weitere Strafmilderungskonsequenz des Art. 145 Al. 1. Daß hier aber keine Strafmilderung, sondern Straflosigkeit vorgesehen ist, beruht auf einem geschichtlichen Grund, wie wir früher gesehen haben. Im Prinzip aber bleibt der Grundsatz der Strafmilderung in den Fällen von Provokation unverändert. Da indessen für den Strafausschließungsgrund der ersten Tätlichkeiten, der hinsichtlich der objektiven Voraussetzungen mit denjenigen der Provokation fast wörtlich übereinstimmt, die Beleidigung als gesetzliches Tatbestandserfordernis nicht vorgesehen ist, dürfte mit der Behauptung, daß auch für den Fall des Art. 145 Al. 1, unter Vorbehalt des Strafausschließungsgrundes der ersten Tätlichkeit, die Beleidigung konsequenterweise hätte vorgesehen werden sollen, wenn die Provokation grundsätzlich strafmildernd wirken soll, nicht zu weit gegangen sein.

Um nun auf die beiden, zur Kontroverse Anlaß gebenden Entscheide zurückzukommen, sei vorerst bemerkt, daß im einen Entscheid [1]) behauptet wird, Art. 145 Al. 1 stelle bloß einen Strafmilderungsgrund für die von ihm genannten Mißhandlungsfälle auf, „limitativ und nicht exemplikativ", unter Ausschluß der übrigen. Deshalb sei, wenn die Voraussetzungen des Art. 142 vorliegen, die per analogiam von Art. 145 Al. 1 auf die vorgenannte Bestimmung übertragene Schlußfolgerung als unrichtig zu bezeichnen. Weiter wird ausgeführt, die Einschränkung der Provokation auf bestimmte, vom Gesetz aufgezählte Mißhandlungstatbestände habe ihren Grund darin, daß derjenige, der in einem Moment gerechtfertigten Affektes sich zu einer Mißhandlung des Provokanten hat

[1]) M. B. R., Bd. 9, S. 357.

hinreißen lassen, zwar bestraft, aber nicht die in den Art. 139—41 vorgesehenen schweren und entehrenden Strafen erleiden soll.

Es entspricht dem Wesen der Provokation, wenn der Provozierte milder bestraft wird. Diesem Grundsatz folgt das Str. G. B., wenn es in Art. 145 Al. 1 die Umwandlung der Zuchthaus- in Korrektionshausstrafe oder Gefängnis vorsieht. Es ist nun aber dem Angeschuldigten sicherlich nicht gedient, wenn er — nehmen wir den leichteren Fall der Mißhandlung nach Art. 142 an — trotz Vorliegen von Provokation den Strafmilderungsgrund des Gesetzes nicht für sich hat, nur weil die Provokation in einer für diesen Fall von Gesetze nicht vorgesehenen Beleidigung (und nicht in einer ersten Tätlichkeit nach Art. 145 Al. 2) bestand oder weil die durch eine (schwere) Beleidigung provozierte Mißhandlung nicht schwerere Folgen als die in Art. 142 vorgesehenen zeitigte. Hat der Gesetzgeber vielleicht nur deshalb für diesen Fall eine Milderung nicht vorgesehen, weil er die an sich nicht entehrende Gefängnisstrafe als der Tat doch angemessen erachtet, gleichgültig, ob provozierte oder nicht provozierte Mißhandlung vorliegt? Diese Annahme würde bestimmt dem vom Gesetz anerkannten Grundsatz der Strafmilderung im Falle von Provokation und nicht zuletzt dem Gesetzestexte selbst widersprechen, entgegen der dem zitierten Entscheid zugrunde liegenden Ansicht, daß der Gesetzgeber den Provozierten nur deshalb privilegieren wollte, weil er ihm eine mildere, dem Gesetze nach nicht entehrende Strafe (Korrektionshaus) im schlimmsten Fall (Art. 139) zuteil kommen lassen will. Es widerspricht letztere Annahme offensichtlich dem besonderen Charakter der Provokation, deren Privilegierung nicht nur für besonders schwere Mißhandlungsfälle, wo Zuchthaus vorgesehen ist, berechtigt ist, sondern auf der ganzen Linie bei allen mit Strafe bedrohten Handlungen.[1]) Dieser Grundsatz kommt nun einzig in der Weise praktisch zur vollen Geltung, wenn, wie es im Entwurf zum schweiz. Strafge-

---

[1]) Es bedeutet ferner nichts weniger als eine Entbindung des Provozierten von entehrenden Strafen, wenn, wie in einem Urteil der Strafkammer (Z. B. J. V., Bd. 47, S. 183) entschieden worden ist, der Richter an Stelle der gesetzlich vorgesehenen Gefängnisstrafe (Ar. 145, Al. 1) in einem Falle, wo sonst Zuchthaus vorgeschrieben ist (Art. 140) gleichwohl Korrektionshausstrafe aussprechen kann, somit den Angeschuldigten trotz Anerkennung des Strafmilderungsgrundes durch diese Strafe entehrt (wenigstens nach der Auffassung im Volke.)

setzbuch der Fall ist, Art. 61, die Provokation als allgemeiner Strafmilderungsgrund vorgesehen ist.

Die Regelung, wie sie in Art. 145 Al. 1 getroffen wird und nach strenger Auslegung dieser Bestimmung in dem zitierten Entscheid praktisch zur Anwendung gelangte, ist zweifellos für den angeschuldigten Provozierten unbillig, denn dem allgemein anerkannten Grundsatz der Provokation gemäß verdienen nicht nur die Provokationsfälle von einer bestimmten Grenze an gesetzliche Würdigung, sondern überhaupt alle Provokationsstraftatbestände. Das Str. G. B. hat überdies den Grundsatz auch in den geringsten strafbaren Handlungen, den Ehrverletzungen als Polizeiübertretung anerkannt, so daß mit Recht angenommen werden kann, es habe die Lücke für den nicht beachteten Provokationsfall nicht mit Absicht geschaffen.

Wenn im zweiten, oben erwähnten, zur Entscheidung gelangten Fall nach dem Tatbestand Strafmilderung, resp. Umwandlung der Gefängnisstrafe in eine Geldbuße u. E. weniger angebracht war (immerhin hätte stattfinden sollen), so kam das Fehlen einer gesetzlichen Milderungsbestimmung für unseren Fall im ersten Entscheid deutlicher zum Ausdruck, weshalb die Polizeikammer mehr vom Gesichtspunkt des durch das Gesetz begründeten ungerechten Verhältnisses aus als vom Grundsatz konsequenter Strafmilderung im Fall von Provokation die Umwandlung der Gefängnisstrafe in eine Geldbuße doch zugelassen hat. Denn hier lag unzweifelhaft eine schwere Beleidigung vor, doch hatte die Mißhandlung (Ohrfeige) nicht die in den Art. 139—41 benannten Folgen. Hätte hier die Provokation in einer ersten Tätlichkeit gemäß Art. 145 Al. 2 bestanden, dann wäre der Strafausschließungsgrund ohne weiteres gegeben gewesen. Weil nun die provozierende Handlung eine Ehrbeleidigung war, — die unter Umständen eine noch größere und spontanere Reaktion beim Gegner auslöst als etwa eine Mißhandlung, da ausnahmslos bei Tätlichkeiten die Beleidigungen und Beschimpfungen den größten Erfolg erzielen — auf die der Angeschuldigte nur insoweit reagierte, als er in der gegebenen Mißhandlung seinen Zorn beschwichtigen konnte, soll er dafür gleich bestraft werden (bezüglich der Strafart), wie wenn er überhaupt nicht provoziert worden wäre? Dies widerspricht jedem vernünftigen Rechtsgefühl. In dem erwähnten Entscheid wurde Analogie zugelassen, mit der Begründung, daß auch bei schwererer Mißhandlung auf die nächstfolgende niedere Strafart

erkannt werden könne, wenn die Voraussetzungen der Reizung vorliegen. Diese Lösung entspricht durchaus dem Grundsatz der Provokation, der Strafmilderung in allen Fällen durch Erkennen auf die nächstmildere Strafart, wenn erwiesenermaßen der Tatbestand der Reizung verwirklicht ist. Da tatsächlich die gesetzliche Grundlage für eine Strafmilderung bei Vorliegen von Provokation in den leichtern Fällen von Mißhandlung (Art. 142) fehlt, [1]) so kann, da die Reizung dem Grundsatze nach im Gesetz sonst überall berücksichtigt wird, berechtigterweise daraus der Schluß gezogen werden, das Str. G. B. enthalte hier eine Lücke, [2]) womit die Frage der Analogie bejaht werden muß.

Die fragliche Lücke wird nun im Gesetz zum Teil ausgefüllt durch den bereits früher erwähnten Art. 46 a, der bei Gelegenheit der Erneuerung des Strafverfahrens im Kanton Bern ins Strafgesetzbuch eingefügt wurde. Durch diese Bestimmung wird eine Milderung in der Frage der Provokation im Falle von Art. 142 erzielt, die im Resultat dahin lautet, daß an Stelle von Korrektionshaus oder Gefängnis mit bestimmter Mindestdauer auf Gefängnis erkannt werden kann. Die Strafe kann aber im konkreten Fall immer noch unbillig genug sein, wenn es sich beispielsweise um eine vollständig unbescholtene Person handelt, die eine Gefängnisstrafe auch nur von einem Tag als eine entehrende Strafe ansehen würde. Auch steht die Milderung gleichwohl nicht im gleichen Verhältnis wie etwa in Art. 140 in Verbindung mit Art. 145 Al. 1, wo von Zuchthaus auf Gefängnis bis auf einen Tag erkannt werden kann.

[1]) Die Polizeikammer hat bereits in früherer Praxis (M. B. R., Bd. 12, S. 68) durchaus richtig den Sinn des Art. 142, Al. 3 dahin abgeändert, daß je nach Umständen auf Geldbuße statt auf Gefängnis erkannt werden könne, wenn die provozierte Mißhandlung keine Arbeitsunfähigkeit, trotzdem aber Verletzungen des Mißhandelten zur Folge hat. (Ar. 256, Ziff. 5.) Durch die Modifizierung des Art. 256, Ziff. 5 (Tätlichkeiten, die keine Verletzungen zur Folge haben) ist somit nach Art. 142, Al. 3 die Möglichkeit gegeben, die provozierte Mißhandlung ohne nachfolgende Arbeitsunfähigkeit mit Geldbuße, anstatt Gefängnis zu bestrafen. Man erkannte daher, daß die strenge Auslegung des Art. 145, Al. 1 in Verbindung mit Art. 142 zu Härten führen kann, und suchte deshalb auf dem Umwege durch andere Interpretierung des Art. 256, Ziff. 5 eine geeignetere und gerechtere Lösung herbeizuführen.

[2]) Wir verweisen mit Nachdruck auf den Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches von 1918, Art. 61 in Verbindung mit Art. 109 und R. Str. G. B., § 223, wo die Provokation bei leichteren Körperverletzungen ebenso berücksichtigt werden, indem nach beiden Gesetzen entweder wahlweise auf Gefängnis oder Geldbuße oder überhaupt statt auf Gefängnis auf Haft oder Buße erkannt werden kann.

B. Die Provokation als Strafausschließungsgrund.

§ 14. Zum Begriff der ersten Tätlichkeit.

I. Die rechtliche Natur der ersten Tätlichkeit.

Als Tätlichkeit wird bezeichnet: jede vorsätzliche, leichte, rechtswidrige, körperliche Einwirkung auf die Person eines andern. [1]) Begrifflich kann zwischen einer Tätlichkeit als Körperverletzung und einer Tätlichkeit als Ehrverletzung unterschieden werden, wobei jedoch jede Tätlichkeit ebenso Körperverletzung wie Ehrverletzung sein kann. In einem Fall ist Angriffsobjekt der Körper, die körperliche Integrität des Angegriffenen, ohne daß dabei eine ehrbeleidigende Absicht vorliegt, im andern Fall ist Schutzobjekt neben dem Körper noch die mit der Tätlichkeit verletzte Ehre. Diese Unterscheidung ist von Bedeutung für die Frage der ersten Tätlichkeit. Die erste Tätlichkeit als Angriff gegen die Ehre bildet ausnahmslos einen Grund zur Provokation, während beim Angriff gegen den Körper dies seltener der Fall ist, eher Notwehr in Frage kommen kann.

Unterscheidungsmerkmal der vorsätzlichen Körperverletzung und der tätlichen Beleidigung ist der deliktische Vorsatz. [2]) Dieser rechtswidrige Vorsatz besteht in der Absicht, dem Dritten eine Körperverletzung zuzufügen, sei es, daß damit auch eine Verletzung der Ehre ins Auge gefaßt wird, sei es, daß allein die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit beabsichtigt wird. Einerseits wird die Körperverletzung als solche bestraft, anderseits auf die Tätlichkeit als ehrbeleidigende Handlung mehr Gewicht gelegt und diese als solche bestraft.

Nach der ursprünglichen Fassung des Art. 256 Ziff. 5 im bern. Str. G. B. wurde unter dem Begriff Tätlichkeit jeder rechtswidrige, körperliche Angriff auf die Person eines andern verstanden, der keine Verletzungen (Wunden, Quetschungen, Beulen) zur

---

[1]) v. Liszt, deutsches Strafrecht, S. 345; Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 633; Liepmann, vergleichende Darstellung, Bd. 4, S. 310 ff.; Olshausen, Kom., Bd. I, S. 389, Not. 2; Berner, Lehrbuch, S. 374; Hälschner, a. a. O. Bd. II, S. 765.

[2]) v. Liszt, a. a. S. 345: Sarauw, a. a. O. S. 99, Anm. 20: R. G. Entscheid v. 29. Nov. 1900: „Beim Vorliegen der objektiven Voraussetzungen beider Tatbestände kann der Vorsatz der Beleidigung mit dem der körperlichen Mißhandlung zusammentreffen, braucht es aber nicht."

Folge hatte. Durch die Strafnovelle vom 2. Mai 1880 § 11 ist dann der Art. 256 Ziff. 5 in dem Sinne abgeändert worden, daß bloße polizeiliche Bestrafung auch dann eintreten kann, wenn die Mißhandlung Verletzungen, aber keine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.[1]) Damit wird also die Tätlichkeit als Körperverletzung unter Strafe gestellt, wobei unter Tätlichkeit auch die tätliche Beleidigung (Realinjurie) zu verstehen ist. Da das Str. G. B. den Begriff der Realinjurie nicht kennt (eine scharfe Trennung zwischen Körperverletzung und beleidigender Tätlichkeit ist überhaupt nicht möglich),[2]) so wird eine solche in einem Mißhandlungsfall oder Raufhandel immer als eine erste Tätlichkeit im Sinne des Art. 145 Al. 2 zu betrachten sein.

Da die Tätlichkeit regelmäßig in einem unmittelbar gegen den Körper des Gegners gerichteten Angriff besteht, folgt daraus, daß darunter nur ein rechtswidriges Handeln verstanden werden kann, wie bereits mehrmals in der bernischen Rechtspraxis entschieden worden ist.[3]) Rechtswidrig steht hier im Gegensatz zu erlaubt. Inwieweit dagegen eine Handlung im Sinne einer Tätlichkeit noch in das Maß des Erlaubten geht, ist, quaestio facti, in das richterliche Ermessen gestellt.[4]) Von besonderer Bedeutung ist dabei nur die Feststellung des deliktischen Vorsatzes der angreifenden Person. Die Tätlichkeit setzt den deliktischen Vorsatz voraus. Infolgedessen werden alle diejenigen Fälle ausgeschieden, in denen objektiv eine Tätlichkeit vom Gesichtspunkt des Angegriffenen vorliegen könnte, subjektiv auf seiten des Angreifenden eine solche aber außer Frage steht.[5]) Eine Tätlichkeit wird der Rechtswidrigkeit entkleidet, wenn sie in Ausübung gerechter Notwehr erfolgt ist.[6])

II. Die erste Tätlichkeit als Provokation.

Art. 145 Al. 2 Str. G. B. bestimmt:

Wegen allfälliger Verletzungen, welche denjenigen zugefügt worden sind, die bei einem Raufhandel oder bei einem anderen

[1]) M. B. R., Bd. 12, S. 69; Z. B. J. V., Bd. 36, S. 179 und Bd. 43, S. 620.

[2]) Holtzendorff, a. a. O. S. 518 und 528; v. Liszt a. a. O. S. 314; Meyerallfeld, a. a. O. S. 392; Sarauw, a. a. O. S. 104.

[3]) M. B. R., Bd. 10, S. 196; ferner Z. B. J. V., Bd. 46, S. 584.

[4]) Vgl. beispielsweise M. B. R., Bd. 13, S. 228; Z. B. J. V., Bd. 56, S. 239; Bd. 45, S. 614.

[5]) M. B. R., Bd. 12, S. 69.

[6]) M. B. R., Bd. 10, S. 196.

Mißhandlungsfall zuerst Tätlichkeiten verübt haben, findet nur dann Bestrafung statt, wenn jene Verletzungen eine der in den Art. 139 bis 41 benannten Folgen hatten.

Als letzter Rest früherer Urhabsbestimmungen begünstigt dieser Artikel den provozierten Täter in weitgehendstem Maße durch Straflosigkeit, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, d. h. wenn die zugefügten Verletzungen eine gewisse Schwere nicht erreicht haben, trotz Vorliegens einer rechtswidrigen Handlung.

Wesentliches Tatbestandsmerkmal im objektiven Sinne ist hier die erste Tätlichkeit des Verletzten, der dadurch den Gegner zu leichteren Mißhandlungen, die keine Arbeitsunfähigkeit von über 20 Tagen zur Folge haben dürfen, provozierte.[1]) Wie bereits früher gezeigt,[2]) erfolgt hier die Strafmilderung, resp. der Strafausschluß nicht ausschließlich vom Gesichtspunkt der Provokation, sondern zum Teil auch wegen den zum Streit Anlaß gebenden ersten Tätlichkeiten, wodurch der Friede zwischen den Parteien gebrochen worden ist (Urhab).

Der in der ersten Tätlichkeit wurzelnde Angriff muß nun dergestalt sein, daß die Absicht des Angreifenden, dem Gegner Uebles zuzufügen, diesem schon durch bloßes Berühren des Körpers nahezukommen, klar zutage tritt. Eine erste Tätlichkeit kann daher darin nicht erblickt werden, wenn eine Person eine andere am Arm zurückhält, um beispielsweise zu verhindern, daß der Zurückgehaltene mit einer dritten Person Streit anfängt.[3]) Der rechtswidrige Vorsatz der „angreifenden" Person fehlt hier vollständig. Ebenso kann nicht als erste Tätlichkeit aufgefaßt werden das bloße Anfassen zum Zwecke des Hinausstoßens aus dem Garten.[4]) Es fehlt hier vor allem der Vorsatz, einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen. In der Praxis wird der Fall des Anwerfens eines Wurstzipfels oder von Brotresten nicht als eine erste Tätlichkeit im Sinne des Gesetzes aufgefaßt,[5]) u. E. mit Unrecht, denn, wie

---

[1]) Z. B. J. V., Bd. 40, S. 644.

[2]) Vgl. oben S. 71.

[3]) (M. B. R.) Z. B. J. V., Bd. 46, S. 584.

[4]) M. B. R., Bd. 12, S. 69.

[5]) M. B. R., Bd. 13, S. 228. Es wird dabei in der Urteilsbegründung gesagt, daß unter der ersten Tätlichkeit nicht jeder so geringfügige Angriff zu verstehen sei. Der dem Entscheid zugrunde liegende Tatbestand nähere sich dem „unserem positiven Rechte allerdings unbekannten Begriff der Realinjurie". Das letztere ist richtig, nicht aber das erstere. Vgl. hiezu Text.

wir oben gesehen haben, kann die Tätlichkeit auch in einem unmittelbar gegen die Ehre einer Person gerichteten Angriff bestehen. Daß in casu ein solcher vorliegt, ist außer Zweifel. Wohl kennt das Str. G. B. die Realinjurie nicht. Damit ist aber nicht gesagt, daß, wenn eine solche tätliche Beleidigung vorliegt, diese nicht auch als erste Tätlichkeit im Sinne des Art. 145 Al. 2 subsumiert werden kann, da doch die tätliche Beleidigung ebenso gut geeignet ist, wie die Tätlichkeit als Körperverletzung, unter den Parteien Streit zu verursachen und den Frieden zu brechen. Unter den Begriff der ersten Tätlichkeit im Sinne des Urhab sollte grundsätzlich jeder noch so geringfügige Angriff auf den Körper oder die Ehre einer andern Person fallen. Eine restriktive Interpretation des Art. 145 Al. 2 entspricht weder der dem Gesetzestext zugrunde liegenden Friedens- resp. Urhabsidee, noch dem Milderungsgrundsatz der Provokation als Angriff auf die Ehre eines andern. Als selbständiger Tatbestand kann zwar die tätliche Beleidigung nach Str. G. B. nicht erfaßt werden, wohl aber stellt sie doch eine erste Tätlichkeit im Sinne des Art. 145 Al. 2 dar.

Ein Grenzfall kann dagegen das Anpacken und Schütteln eines Dritten sein.[1]) Ohne Kenntnis des dem konkreten Falle zugrunde liegenden Sachverhalts ist es jedoch hier nicht möglich, in dieser Hinsicht positiv einen Grundsatz aufzustellen, denn je nach den einzelnen Verhältnissen, dem Vorsatze des Handelnden, äußert sich dieses Anpacken als Beginn feindseliger Handlungen, als Angriff auf die körperliche Unversehrtheit oder aber auch als Ausdruck freundschaftlicher Erregung.

Daß der zuerst tätlich Angegriffene nicht seinerseits die Tätlichkeiten provoziert haben darf, ist Voraussetzung, wenn er den Strafauschließungsgrund des Art. 145 Al. 2 für sich in Anspruch nehmen will.[2]) Es gilt dasselbe, was wir bereits früher in dieser Beziehung gesagt haben.[3]) Dies trifft nicht nur für den Fall zu, wo der den Strafausschließungsgrund der ersten Tätlichkeit Vorschützende sich auf Provokation beruft, sondern auch für den Fall, wo dieser in Notwehr gehandelt haben soll. In beiden Fällen kann der tätlich Angegriffene einen Liberationsgrund aus der

---

[1]) M. B. R., Bd. 10, S. 137.
[2]) Z. B. J. V., Bd. 47, S. 365.
[3]) Vgl. oben S. 70.

„ersten" Tätlichkeit des Angreifers nicht ableiten, wie verschiedentlich in der Rechtsprechung entschieden worden ist. [1])

Eine erste Tätlichkeit ist schon im Ausholen mit einem Messer zum Schlage erblickt worden. [2]) Eine dadurch bewirkte Körperverletzung durch den Messerhelden hat beim Angegriffenen weniger Provokation zur Folge, als daß er diesen in eine Notwehrstellung bringt. Die dem Angreifer zugefügten Verletzungen sind alsdann als solche in gerechter Notwehr begangene zu taxieren. Würde dagegen das bloße Ausholen Gegenschläge, überhaupt eine Rauferei bewirken, d. h. würden die zurückgegebenen Schläge nicht einzig deshalb erfolgen, um einen bevorstehenden Angriff abzuwenden, sondern als Folge einer zornigen Erregung aufzufassen sein, so wird andernteils Provokation angenommen werden müssen.

Ueber die Frage, ob der Begriff der Tätlichkeit eine tatsächlich erfolgte Einwirkung auf den Körper des Angegriffenen erfordert, oder ob schon der bloße Angriff, d. h. die auf eine Einwirkung hinzielende Tätigkeit genügt, herrscht in der Literatur Uneinigkeit. [3]) Die bernische Rechtsprechung hat mit Recht dahin entschieden, daß der bloße, unmittelbar drohende Angriff auf die körperliche Integrität bereits eine Tätlichkeit im Sinne des Art. 145 Al. 2 darstelle, also beispielsweise das Ausholen mit einem Messer. [4])

Wenn das Gesetz von einem Mißhandlungsfall spricht, der für die Frage nach den ersten Tätlichkeiten maßgebend ist, so will es offenbar damit zum Ausdruck bringen, daß Mißhandlung und Tätlichkeit sich begrifflich nicht decken sollen. Die körperliche Mißhandlung setzt tatsächlich auch voraus, daß der Angriff auf den Körper zur körperlichen Berührung geführt habe. In beiden Fällen, Tätlichkeit und Mißhandlung, ist Begriffsmerkmal der un-

---

[1]) Z. B. J. V., Bd. 43, S. 573. Hier spielt die Frage der provozierenden ersten Tätlichkeit weniger eine Rolle, als die prinzipielle Feststellung, ob auch nach Art. 145, Al. 2 Provokation angenommen werden kann, wenn sich die erste Tätlichkeit nicht gegen diejenige Person richtete, die den Provokanten verletzte, sondern auch gegen einen Angehörigen oder Genossen des Angeschuldigten, sofern dieser auch durch die ersten Tätlichkeiten des Verletzten provoziert wurde, was in bejahendem Sinne entschieden worden ist. Ferner Z. B. J. V., Bd. 44, S. 39 und Bd. 54, S. 188.

[2]) Z. B. J. V., Bd. 56, S. 240.

[3]) Sarauw, a. a. O. S. 73 mit der dort zit. Literatur.

[4]) Z. B. J. V., Bd. 56, S. 239, dagegen M. B. R., Bd. 13, S. 228.

mittelbare körperliche Angriff auf den Körper eines andern.[1]) Nur äußert sich bei der Mißhandlung der Angriff in bestimmten Wirkungen, nämlich in einer Körperverletzung, wodurch eine Störung des körperlichen Wohlbefindens von einer gewissen Erheblichkeit hervorgerufen wird, während die Tätlichkeit in einem bloßen Angriff bestehen kann oder in solchen körperlichen Einwirkungen, die keine Verletzungen (Art. 256 Ziff. 5) oder wenigstens unerhebliche (Art. 143 Al. 3) zur Folge haben. Das Gesetz setzt daher mit dem Ausdruck „Mißhandlungsfall" eine körperliche Berührung der Streitparteien voraus. Nicht nötig ist jedoch, daß die Verletzung des Angreifers Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Hat indessen die erste Tätlichkeit selber wiederum eine Tätlichkeit und keine Mißhandlung resp. Körperverletzung ausgelöst, dann wird die Anwendung des Art. 145 Al. 2 in Frage gestellt. Der Richter darf dann in einem solchen Fall die erste Tätlichkeit als Provokation nicht etwa durch Erkennen auf eine niedrigere Strafart berücksichtigen, sonst würde der Angegriffene wieder straffrei, was dem Gesetze widerspräche. Er kann der Provokation bloß Rechnung tragen in der Aussprechung einer Buße (Art. 143 Al. 3 in Verbindung mit Art. 256 Ziff. 5). Da das Gesetz „allfällige Verletzungen" zur objektiven Voraussetzung des Strafausschließungsgrundes der ersten Tätlichkeit statuiert, wird dadurch der erwähnten Bestimmung eine gewisse Grenze gegeben. Ein Mißhandlungsfall ohne Verletzungen der einen Partei (die der zuerst Tätlichwerdenden) ist nicht denkbar, da die Mißhandlung immer eine Störung (von gewisser Erheblichkeit) des körperlichen Wohlbefindens zur Voraussetzung hat. Somit ist der Kreis des Anwendungsgebietes des Art. 145 Al. 2 nur auf diese Fälle und nicht auch auf Tätlichkeiten beschränkt.

§ 15. Der Raufhandel.

Da Art. 145 Al. 2 Str. G. B. im Fall des Strafausschließungsgrundes der ersten Tätlichkeit den Raufhandel als objektives Tatbestandsmerkmal voraussetzt, erachten wir es nicht für überflüssig, diesen sehr interessanten Straftatbestand hier noch kurz zu streifen.

---

[1]) Vgl. oben S. 72.

I. Begriff.

Der Raufhandel wird allgemein definiert als ein in Tätlichkeit übergegangener Streit, mit oder ohne Waffen, an dem mehr als zwei Personen beteiligt sind.[1]) Da der Raufhandel oder die Schlägerei begrifflich immer die Beteiligung von mindestens drei Personen voraussetzt, wird dieses Massendelikt von dem ihm dem Wesen nach verwandten Zweikampfdelikt abgegrenzt. Darunter versteht man einen nach bestimmten Regeln geführten Kampf zwischen zwei Personen. Beim Raufhandel handelt es sich entweder um einen zwischen mehr als zwei Personen ausgebrochenen Streit, einer Schlägerei im engern Sinne, oder um einen von mehreren Personen ausgeführten Angriff. Der Begriff des Raufhandels setzt voraus, daß diese Beteiligung an ein und derselben Streitigkeit erfolge. Die einzelnen Tätlichkeiten brauchen zwar nicht von allen Teilnehmern gleichzeitig verübt zu werden, wohl aber wird eine gleichzeitige Teilnahme mehrerer am nämlichen Kampf gefordert.[2])

Der Angriff mehrerer wird gegen Dritte geführt, braucht aber sein Ziel noch nicht erreicht zu haben. Die Schlägerei läßt sich in einen zweiseitigen Angriff auflösen. Daher charakterisiert sich „ein und derselbe Vorgang oft ebensowohl als Schlägerei wie als ein von mehreren gemachter Angriff".[3]) Kriegsmann[4]) sagt sehr richtig, „die konkrete Schlägerei individualisiert sich durch Zeit und Ort, durch die Identität der Personen und Kontinuität der Handlungen, Einheit der Zeit, des Ortes und der Handlung".

II. Die Raufhandelsbestimmung im Str. G. B.

Die Raufhandelsbestimmung im Str. G. B. Art. 143 unterscheidet zwischen dem bekannten und unbekannten Urheber der in einem Raufhandel zugefügten Verletzungen.[5]) Ist der Urheber der Mißhandlung erwiesen, dann tritt für diesen Bestrafung gemäß den Bestimmungen über Körperverletzungen ein (Art. 139—42),

---

[1]) So v. Liszt a. a. O. S. 326; Olshausen, Kommentar, B. II, S. 822; Berner, Strafrecht, S. 510; Forrer, der Raufhandel im schweiz. Recht, Diss., Zürich 1929; Marti, der Raufhandel, Diss., Bern 1891.

[2]) Z. B. J. V., Bd. 41, S. 391.

[3]) Kriegsmann, Mittäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach, S. 175; Forrer, a. a. O. S. 5 ff.

[4]) Kriegsmann, a. a. O. S. 175 ff.

[5]) Krebs, a. a. O. Erläuterungen zu Art. 143.

ohne besondere Rücksichtnahme auf den Raufhandel als solchen. Art. 143 Al. 1.

Sind dagegen die Urheber der Mißhandlung nicht erwiesen, was häufiger der Fall sein wird, so werden alle Teilnehmer am Raufhandel als Gehülfen bestraft, sofern nicht dem einen oder andern bloß eine Tätigkeit nachgewiesen werden kann, die nicht den eingetretenen rechtswidrigen Erfolg hätte herbeiführen können. [1]) Art. 143 Al. 2. Hiebei soll jedoch auf die Beschaffenheit und Größe der erfolgten Verletzungen in der Strafzumessung jedes einzelnen Teilnehmers Rücksicht genommen werden, indem jeder nur für dasjenige bestraft werden soll, was ihm erweislichermaßen zur Last fällt, m. a. W. die Strafzumessung wird vom objektiven Erfolg der Rauferei abhängig gemacht, das subjektive Moment des Täters, die Schuld, bleibt unberücksichtigt. [2])

Alinea 3 des Art. 143 bringt althergebrachtes Recht wieder zur Geltung, indem dort gesagt wird: diejenigen, die nur in der Absicht, dem Streit ein Ende zu machen (zu scheiden) oder einem widerrechtlich Angegriffenen Hülfe zu leisten, Tätlichkeiten begangen haben, können je nach Umständen ganz von der Strafe befreit werden. Das Eingreifen zum Zwecke der Beendigung (Scheidung, Schlichtung) eines Streites oder zur Verteidigung eines widerrechtlich Angegriffenen k a n n somit je nach Umständen straflos bleiben, muß es aber nicht. Daraus kann ohne weiteres der Schluß gezogen werden, es handle sich hier um einen S t r a f - und n i c h t um einen Schuldausschließungsgrund, [3]) analog zu Art. 145 Al. 2. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal des Art. 143 gegenüber Art. 145 Al. 2, der mit dieser Raufhandelsbestimmung immerhin eine gewisse tatbestandsmäßige Aehnlichkeit insofern aufweist, daß in beiden Fällen eine unbeteiligte Drittperson, hier mit der Trennungsabsicht, dort als Provozierter, einem mißhandelten Genossen beisteht, sich an einem ihn sonst nicht direkt berührenden Streit beteiligt, ist also einerseits das Fehlen einer Provokation überhaupt, wenigstens subjektiv auf seiten des dritten Eingreifenden, andrerseits die Provokationsmerkmale des provozierten unbeteiligten Dritten (die erste Tätlichkeit braucht sich nicht gegen diejenige Person zu richten, die ihn verletzte), [4]) in unüber-

[1]) Z. B. J. V., Bd. 41, S. 107.
[2]) Marti, a. a. O. S. 80; Forrer, a. a. O. S. 14.
[3]) Z. B. J. V., Bd. 47, S. 98.
[4]) Z. B. J. V., Bd. 43, S. 573.

legter, aufgereizter Stimmung den Provokanten zu schlagen. In beiden Fällen liegt schuldhaftes Handeln vor. Die Strafe kann jedoch im Hinblick auf das Vorliegen der besondern Umstände ganz erlassen werden. Das Eingreifen des Dritten, um dem Streit ein Ende zu machen, zu scheiden, ist eine sichtlich provozierte Handlung, denn dadurch, daß zwei oder mehrere Personen sich streiten, wird der Dritte veranlaßt einzugreifen. Die Absicht zu scheiden ist aber, obschon sie provoziert ist, gleichwohl nicht Provokation in dem Sinne, daß der Scheidende in unüberlegtem Handeln zur Tat hingerissen worden wäre, im Gegenteil, das Eingreifen kennzeichnet sich durch ein wohlüberlegtes Tun. Die Strafbefreiung, die für dieses Handeln in Aussicht steht, erfolgt daher auch von einem ganz andern Gesichtspunkt aus als bei der Provokation. Das Eingreifen äußert sich gewissermaßen als ein Gebot der Nächstenliebe, dem Unterliegenden, widerrechtlich Angegriffenen Hilfe zu leisten oder die Streitparteien überhaupt auseinander zu bringen. Dieses edle Motiv veranlaßt daher den Gesetzgeber, dem Eingreifenden, Schlichtenden für diese Tat die Prämie eventueller Strafbefreiung für begangene Tätlichkeiten in Aussicht zu stellen.

Das Hilfeleisten zum Zwecke, einem widerrechtlich Angegriffenen beizustehen, läßt sich dagegen von einem andern Gesichtspunkt, als das eigentliche Scheiden, betrachten. Die Frage, ob ein Schuldausschließungsgrund beim Eingreifen zwecks Abwehr eines ungerechtfertigten Angriffes vorliegt, ist von den bernischen Gerichten noch in keinem Fall entschieden worden. Krebs[1]) neigt dazu, in diesem speziellen Fall, entgegen dem Wortlaut des Art. 143 Al. 3, der auf einen Strafausschließungsgrund hindeutet, die Auffassung gelten zu lassen, daß hier doch ein Schuldausschließungsgrund vorliege. Die Begründung läßt sich aus Art. 52 ableiten, der lautet:

> Wer in Anwendung gerechter Notwehr, um sein oder anderer Leben, Leib, Eigentum, Besitz oder Freiheit vor einem begonnenen oder unmittelbar drohenden, widerrechtlichen, gewalttätigen Angriff zu schützen, eine sonst strafbare Handlung begeht, ist straflos, wenn die Gefahr nicht durch andere dem Betreffenden bekannte Mittel abgewendet werden konnte.

---

[1]) Krebs, Straf- und Strafprozeßgesetz f. d. Kanton Bern, Anm. 4 d, zu Art. 143, Str. G. B.

Die Anwendung gerechter Notwehr zum Schutze des fremden Lebens vor einem begonnenen oder unmittelbar drohenden, widerrechtlichen, gewalttätigen Angriff ist im Art. 143 Al. 3 zweifellos Tatbestandsmerkmal, denn hier erfolgt die Hilfeleistung eines widerrechtlich Angegriffenen in keiner andern Absicht, als dieses Leben zu schützen. „Das verteidigte Recht braucht nicht das eigene Recht des Verteidigers zu sein. Die Notwehr ist nicht Selbstverteidigung, sondern Rechtsverteidigung, mithin auch zugunsten eines fremden Lebens statthaft". [1]) Ziehen wir aus dem Gesagten die Schlußfolgerung, so kommen wir zum Ergebnis, daß die Hilfeleistung Dritter zugunsten widerrechtlich Angegriffener als Spezialfall der Notwehr eine Schuld dieser Drittpersonen, somit auch eine eventuelle Strafe, ausschließt. Demnach muß der Richter, wenn die Voraussetzungen des Art. 143 Al. 3, resp. Art. 52 im konkreten Fall zutreffen, den Angeschuldigten von jeder Schuld und Strafe freisprechen. [2])

---

[1]) Berner, Strafrecht, S. 149; vgl. ferner v. Liszt, a. a. O. S. 148 (Notwehr zum Schutze fremder Rechtsgüter wird Nothilfe genannt); Ebner, die Notwehr im schweiz. Strafrecht, S. 54; Holtzendorff, a. a. O. S. 148: „Die Grenze der Notwehr ist demjenigen, welcher dem unmittelbar Angegriffenen beisteht, oder für ihn handelt, nicht enger zu stecken, als diesem selbst; denn das Handeln in Notwehr enthält keine Rechtsverletzung. Allerdings kann bei einem Zuspringenden leichter der Anspruch erhoben werden, für die Grenzen der Notwendigkeit bei der Abwehr ein offenes Auge zu behalten; und so wird bei ihm leichter die Frage entstehen, ob die Ueberschreitung derselben nicht bereits den Uebergang zum Angriff in sich schließt. Das Feld des subjektiven Ermessens darf indes auch hier nicht verlassen, die Macht des durch Aufregung erzeugten Irrtums nicht überschätzt werden."

[2]) Vgl. Urteil in Z. B. J. V., Bd. 47, S. 98. Die Strafkammer hat in diesem Fall die Frage bereits dahin entschieden, Art. 143, Al. 3 enthalte einen Straf- und keinen Schuldausschließungsgrund, wobei aber diesem Entscheid keine prinzipielle Bedeutung zukommt, da es sich nicht darum handelte zu prüfen, ob dem Art. 143, Al. 3 ein Straf- oder Schuldausschließungsgrund zugrunde liegt, sondern, weil lediglich die Frage entschieden werden mußte, ob Art. 145, Al. 2 oder Art. 143, Al. 3 im vorliegenden Falll zur Anwendung kommen soll. Es bleibt somit immer noch abzuwarten, wie sich die Gerichtspraxis zu dieser Frage grundsätzlich stellt. Zuzugeben ist, daß die Absicht, dem Streit ein Ende zu machen (zu scheiden), dem Gesetzestexte und der allgemeinen Rechtsauffassung nach einen Straf- und keinen Schuldausschließungsgrund rechtfertigt. Dagegen scheint dies sicherlich weniger der Fall zu sein bei der Hilfeleistung widerrechtlich Angegriffener.

6. KAPITEL.

Die Provokationsbestimmungen der kantonalen Gesetze in vergleichender Darstellung.

Es ist Aufgabe des Richters, innerhalb eines gegebenen Strafrahmens diejenige Strafe auszusprechen, die in gerechter Abwägung der Schwere des Verbrechens oder Vergehens, der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Schuld und des besonderen Charakters der Strafe überhaupt als eine dem Delikt angemessene Vergeltung erscheint. Hiebei hat er darauf zu achten, ob bei einzelnen Delikten Straferhöhungs- oder Strafminderungsgründe in Betracht fallen, die ihn veranlassen, innerhalb des gegebenen Strafrahmens im Strafmaß höher oder tiefer zu gehen. Im Gegensatz zu diesen Straferhöhungs- oder Strafminderungsgründen stehen die Strafänderungs- resp. Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe, die dem Richter durch Gesetz gebieten oder ihn ermächtigen, bei Vorhandensein bestimmter Gründe über oder unter den gesetzlichen Strafrahmen zu gehen. [1])

Als solcher Strafmilderungsgrund wird nun auch neben andern die Provokation angesprochen. Sie findet entweder als „allgemeiner" Strafmilderungsgrund mit andern Milderungsgründen zusammen im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches oder dann als Privilegierungsgrund im besondern Teil spezielle Berücksichtigung.

Die kantonalen Strafgesetzbücher lassen sich nun hinsichtlich der Beurteilung und gesetzlichen Normierung der Provokationsbestimmungen in drei Hauptgruppen gliedern. Zur ersten Gruppe gehören diejenigen Kantone, die die Provokation als allgemeinen Strafmilderungsgrund erfassen, diese in Berücksichtigung ziehen bei allen im speziellen Teil normierten strafbaren Handlungen. Die zweite Gruppe umfaßt diejenigen Kantone, die die Reizung bei den einzelnen Delikten (Totschlag, Körperverletzung) berücksichtigen und die dritte, die die Provokation als allgemeinen Strafmilderungsgrund kennen und weiterhin ihrer noch besonders bei den einzelnen strafbaren Handlungen Erwähnung tun.

[1]) Hafter, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, allg. Teil, S. 345; Erlanger, a. a. O. S. 13; Meyer-v. Schauensee, Strafzumessung und Strafmilderung in Z. F. schweiz. Str. R., Bd. VII, S. 120 ff.; Hälschner, a. a. O., Band I, S. 645 ff.

Aus der Tatsache heraus, daß alle Kantone in ihren Strafgesetzen, soweit sie solche überhaupt aufgestellt haben, der Provokation, wenn nicht im speziellen Teil bei den einzelnen Delikten, so doch als allgemeinen Strafmilderungsgrund besondere Beachtung angedeihen lassen, ist zu schließen, daß dieses Institut auch anderwärts als gerade im Kanton Bern, wo es durch die geschichtliche Urhabsentwicklung zur höchsten Entfaltung gelangte, dem Gesetzgeber berechtigtes Interesse abringen konnte. Es ist daher nicht uninteressant, kurz zu untersuchen, wie sich die andern Kantone mit dem Wesen der Provokation abgefunden haben.

§ 16. Strafgesetzbücher mit Berücksichtigung der Provokation als allgemeiner Strafmilderungsgrund.

Die aus den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts hervorgegangenen Strafgesetzbücher der Kantone Schwyz (1881) und St. Gallen (1886) behandeln die Provokation als allgemeinen Strafmilderungsgrund und zwar beide gleich wenig eingehend in bezug auf die Begriffsformulierung. Sie wird nicht mit der allgemeinen Begriffsbestimmung charakterisiert, wie wir sie als die richtige aus dem R. Str. G. B. und vom einzelnen kantonalen Strafgesetzen her kennen.

1. Schwyz sieht neben andern angeführten Gründen eine Milderung der Strafe vor, wenn der Täter durch Reizung, Verführung, Zwang, Drohung, Abhängigkeit von einem andern oder Not zum Verbrechen verleitet wurde (§ 46 c). Worin die Strafmilderung zu bestehen habe, wird weiterhin nicht gesagt. Diese wird also ganz dem richterlichen Ermessen anheimgestellt. Der Richter ist dadurch an keinen Strafrahmen gebunden. Vom gleichen Gesichtspunkt aus, die Provokation als allgemeinen Strafmilderungsgrund zu behandeln, geht St. Gallen aus. Hier sind Ansätze, die Reizung hinsichtlich ihrer besonderen Voraussetzungen näher zu umschreiben, bereits vorhanden. Unter das für die strafbare Handlung angedrohte Strafmaß oder auf eine leichtere Strafart kann erkannt werden, wenn der Schuldige den Vorsatz zu der strafbaren Handlung, durch eine vorhergegangene schwere Reizung veranlaßt, in plötzlicher Gemütsaufregung gefaßt und ausgeführt hat (Art. 40 b). Die Art der Reizung, objektive und subjektive Tatbestandsmerkmale werden hier, wie dies sonst in andern Strafko-

dexen der Fall ist, nicht näher umschrieben. Als einziges Kriterium wird bloß die Schwere der Reizung hervorgehoben. Damit soll gesagt sein, daß nicht alle der Tat vorangegangenen Handlungen des Angreifers, sofern sie subjektiv geeignet sind, den Täter in Zorn zu versetzen, auch objektiv den Charakter einer Reizung im Sinne des Gesetzes aufweisen. Indem die Reizung nur objektiv, durch das besondere Merkmal der Schwere derselben, eine Abgrenzung erfährt, wird dem urteilenden Richter seine Aufgabe keineswegs erleichtert. Er wird auf Grund einer bestimmten Praxis die Grenzen der für eine Provokation geeigneten objektiven Voraussetzungen ziehen müssen.

2 a. Strafbefreiung bei Vorliegen von Provokation sehen die Strafgesetzbücher von W a a d t (1843) und G e n f (1874) vor. Während Genf soweit geht und für Totschlag und Körperverletzung: l'homicide et les lésions corporelles, s'ils ont été immédiatement provoquées par des coups ou violences graves envers les personnes und weiterhin les coups et violences legères prévus par l'art. 258 s'ils ont été immédiatement provoquées par des injures ou diffamations graves envers les personnes (art. 57) einen gesetzlichen Entschuldigungsgrund aufstellt, k a n n nach dem Code pénal der W a a d t der Täter bei den gleichen Voraussetzungen je nach den Umständen von der Strafe befreit werden. Es heißt in Art. 58: Si l'auteur ou le complice d'un délit a agi sous l'influence de violence, . . . ou s'il a été violement provoqué, la peine est commuée comme il est dit à l'article suivant. Il peut même, suivant les circonstances, être liberé de toute peine. [1]) Das genferische Recht scheint unverkennbar, das waadtländische weniger deutlich vom Code pénal français inspiriert zu sein, wenn es die auf Provokation begangene Tat vollständig entschuldigt. Es geht u. E. in dieser Beziehung bezüglich der Strafmilderung doch zu weit, indem eben der Provozierte, trotz seiner an sich entschuldbaren Gemütsaufregung völlige Straflosigkeit nach allgemeiner Auffassung nicht verdient, denn die Rechtswidrigkeit der Tat bleibt bei der Pro-

[1]) Vgl. die Anmerkung zu Art. 58, code pénal du Ct. de Vaud, suivi du code pénal fédéral, Edit. revue et annotée par Henri Bovay; wo es heißt: „la provocation doit être violante, c'est à dire de nature à faire agir avec irreflexion un home de sens et de pondération normaux. Pour qu'elle soit excusable, la réaction doit d'ailleur en règle générale, être assez rapprochée de la provocation pour que la réflextion n'ait pas eu le temps de se produire". B unterscheidet hier zutreffend subjektive und objektive Tatbestandsmerkmale der Provokation, die zum Teil in der gesetzlichen Umschreibung fehlen.

vokation immer bestehen und nur die Strafe sollte gemildert werden.

2b. Freiburg (1924) setzt sich kurz über die Provokation hinweg, indem bloß gesagt wird, der Richter könne die Strafe mildern, wenn der Täter unter dem Eindruck einer schweren Drohung oder Herausforderung gehandelt habe (Art. 42). Etwas näher an unsere bekannte Begriffsdefinition kommt Wallis (1859), wo es heißt: la culpabilité est surtout attenuée: a) par les circonstances qui, sans justifier l'agent, diminuent cependant l'imputabilité de l'action; tels que le défaut d'instruction, ... l'état d'excitation plus ou moins violent et plus ou moins excusable dans lequel il (le delinquant) se trouvait au moment du délit. Während sonst dem objektiven Moment der Tat mehr Beachtung geschenkt wird, erfolgt hier Strafmilderung in besonderer Berücksichtigung der zornigen Erregung, der Gemütsverfassung des Täters, somit in Würdigung des subjektiven Momentes. Es scheint, daß man damit eine nicht unbefriedigende Lösung getroffen hat.

§ 17. Kantone mit Berücksichtigung der Provokation bei Totschlag und Körperverletzung.

Die kantonalen Strafgesetzbücher unterscheiden sich in besonderem Maße durch die reiche Fülle der Umschreibung und Begriffsformulierung eines strafrechtlich relevanten Institutes, wie das der Provokation. Nirgends ist die gleiche Bestimmung, aber überall hat man doch dasselbe Resultat im Auge, nämlich die Milderung der Strafe durch weitgehendste Berücksichtigung der dem Täter zugute zu haltenden seelischen Erregung, die auf bewußt zum Zorn reizende Handlungen seitens des Verletzten zurückzuführen sind.

Die Strafkodexe der Kantone dieser zweiten Gruppe zeichnen sich im allgemeinen durch bessere und eingehendere Begriffsumschreibung der Reizung aus. Da aber hier die Provokation nur bei Totschlag oder Körperverletzung in Betracht gezogen wird, wird bewußt der Kreis des Anwendungsgebietes nur auf diese bestimmten Delikte eingeengt, die Reizung in andern Fällen, wo sie ebenso berücksichtigungswürdig erscheint, außer acht gelassen. Zwar ist das Bedürfnis, die Provokation auf diese zwei Tatbestände angewendet zu wissen, zweifellos am stärksten vorhanden, so daß man eigentlich, wie es die nachgenannten Strafgesetzbücher

getan haben, auf die Ausgestaltung der Reizung als allgemeinen Strafmilderungsgrund verzichten könnte. Die Frage nach ihrer gesetzlichen Einreihung, nach ihrem Gestaltungsprinzip, ob allgemeiner Milderungsgrund oder Privilegierungsgrund, ist von minderer Bedeutung als überhaupt die Tatsache, daß die Provokation im Gesetze Berücksichtigung erfährt.

a) Der provozierte Totschlag: Als Totschlag wird allgemein in den Gesetzen der vorsätzliche, im Zustand bedeutender Gemütsaufregung, jedoch nicht mit Ueberlegung verursachte Tod eines Menschen bezeichnet.[1]) Ist dagegen der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm selbst oder seinen Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung vom Getöteten zum Zorne gereizt und dadurch zur Tat hingerissen worden, so verdient dieser Umstand Berücksichtigung. Luzern (1907) bestraft den provozierten Totschläger mit Zuchthaus von 2—6 Jahren (Art. 155). Die hier der Provokation gegebene Begriffsumschreibung des luzern. Strafgesetzbuches lehnt sehr stark an diejenige des R. Str. G. B. an. Die Tatbestandsmerkmale bleiben zum Teil dieselben, neue kommen nicht hinzu. Die Strafe ist im Vergleich zum R. Str. G. B., bern. Str. G. B. und Entw. von 1918[2]) für den provozierten Totschläger noch hart (Mindestdauer von 2 Jahren Zuchthaus). Eine Reduktion erfährt sie nach Appenzell A.-Rh. 1878, Art. 80 Al. 3, wo Gefängnis, evtl. in Verbindung mit Geldbuße oder Zuchthaus bis auf 6 Jahre angedroht wird. Im Gesetzestexte ist das sonst überall der schweren Beleidigung gleichgestellte Tatbestandsmerkmal der zugefügten Mißhandlung nicht enthalten. Eine begründete Erklärung für dieses Weglassen dürfte kaum gegeben werden können, nachdem doch, wie wir gesehen haben, die schwere Beleidigung wie die zugefügte Mißhandlung objektiv geeignet sind, Provokation zu bewirken und allgemein als Provokationsmerkmal gelten. Es wird sich hier offenbar um ein Uebersehen in der Redaktion handeln.

Zürich (1871) sieht beim provozierten Totschlag nach Art. 135 zum mindesten eine Gefängnisstrafe von einem Jahr vor, während bei der Körperverletzung mit tödlichem Ausgang und der in einem Raufhandel zugefügten Tötung auf eine geringere Strafe als Arbeitshaus oder Zuchthaus, somit auf Gefängnis er-

[1]) Stooß, Grundzüge des schweiz. Strafrechts, Bd. II, S. 5.

[2]) Vgl. § 213 R. Str. G. B.; Art. 126 in Verbindung mit Art. 46 a des bern. Str. G. B.; Entw. 1918; Art. 100 in Verbindung mit Art. 61.

kannt werden kann. Die Begriffsbestimmung der Provokation ist hier ersichtlicherweise zu kurz gekommen, indem nach Art. 135 bloß verlangt wird, daß der Täter ohne eigene Schuld, insbesondere durch rechtswidrige Anreizung in eine heftige Gemütsbewegung versetzt worden sein müsse. Trotz Betonung des Momentes der Rechtswidrigkeit der Anreizung wird das Anwendungsgebiet der Provokation (gewolltermaßen?) nicht eingeschränkt, vielmehr zu Unrecht ausgedehnt auf jede erdenkliche Anreizung, sofern sie nur rechtswidrig ist. Der Art. 59 des thurgauischen Strafgesetzbuches (1868) hat die Formulierung der Provokation des preußischen Strafgesetzbuches [1]) ziemlich wörtlich übernommen, mit allen dort erwähnten Begriffsmerkmalen. Sie darf, da sie alle für die Reizung relevanten tatbestandsmäßigen Voraussetzungen enthält, als die beste Provokationsbestimmung kantonaler Strafgesetzbücher angesprochen werden. [2]) Die Strafe ist hier noch relativ milde, nämlich Arbeitshaus oder Gefängnis nicht unter zwei Jahre. Eine andere Bestrafung sieht Aargau (1857) vor (Art. 112 a): 6 Monate bis 2 Jahre Zuchthaus beim provozierten Totschlag, bei fahrlässiger Tötung (Art. 114 c) (Körperverletzung mit tödlichem Ausgang), wenn der Tod vorausgesehen werden konnte, Zuchthaus bis auf 4 Jahre, und Zuchthaus bis auf 2 Jahre, wenn diese Voraussetzung fehlt. Basel-Stadt (1872), dessen Strafgesetz auch in Basel-Land (1873) Anwendung findet, erkennt beim provozierten Totschlag auf eine Zuchthausstrafe bis zu 10 Jahren oder auf Gefängnis nicht unter einem Jahr (Art. 101). Eine im Wortlaut ziemlich übereinstimmende Uebersetzung deutschschweiz. Provokationsbestimmungen bringt Neuenburg (1891): S'il est démontré que l'auteur du meutre a agi sous l'empire d'une violente irritation, provoquée sur le moment même, sans sa faute, par des mauvais traitements ou par des injures graves, dont lui ou l'un de ses proches aurait été l'objet. In einem solchen Fall kann Gefängnis von mindestens einem Jahr an Stelle von Zuchthaus treten (Art. 296).

Von einer uns bisher unbekannten Unterscheidung geht Tessin (1873) aus. Der in zorniger Erregung verübte Totschlag wird, wenn er auf ungerechte Reizung zurückzuführen ist, mit Zuchthaus von 4—8 Jahren (!) bestraft. Se l'impeto dell'ira fu

[1]) Vgl. oben S. 48.

[2]) Die Provokationsbestimmung des Art. 145, Al. 1 bern. Str. G. B. kann danebengestellt werden.

eccitato da injusta provocatione, si applica la pena di reclusione temporanea in primo grado. Darnach wird nur eine leichtere Provokation erfaßt, wenn weiterhin (Art. 295) gesagt wird: se però la provocatione fu grave, si potrà discendere alla detenzione dal quinto al quarto grado (Arbeitshaus von 2—4 Jahren). Die Strafe ist aber auch hier bei schwerster Provokation noch hart genug. Das Unterscheidungsmerkmal der leichten und schweren Reizung ist ein an sich unzutreffendes Tatbestandsmoment, denn wo ist in Wirklichkeit die Grenze zu ziehen, wenn nicht einmal gesagt wird, in was die Provokation zu bestehen habe? Es wird hier dem Richter in der Würdigung des Unterscheidungskriteriums zwischen leichter und schwerer Provokation allzu großer Spielraum gelassen.

b) Die provozierte Körperverletzung: Diese wird in den Strafgesetzbüchern meist analog behandelt wie der provozierte Totschlag. Es liegt auch hier der gesetzlichen Regelung der Gedanke zugrunde, daß die auf vorangegangene Provokation zugefügte Körperverletzung milder zu bestrafen sei, als wenn diese Voraussetzung nicht zutreffe. Es entspricht daher der gerechten Beurteilung der Reizung, bei den viel häufiger auftretenden provozierten Körperverletzungen dem in heftiger Gemütserregung handelnden Täter, gleichwie beim Totschlag, eine seiner Schuld angemessene mildere Strafe angedeihen zu lassen. Es entspricht dagegen weder dem Zweck, noch einer gerechten Anwendung des Strafmilderungsgrundsatzes bei Provokation auf die einzelnen Mißhandlungsfälle, wenn man, ohne auf die Schwere der Körperverletzung abzustellen, eine generelle Strafe festsetzt. Wohl kann dieser Fehler innerhalb des Strafrahmens korrigiert werden; sicher ist aber der Provozierte gleichwohl nicht, ob er eine seiner provozierten Tat entsprechende mildere Strafe erhält.

Zürich erkennt bei provozierter Mißhandlung auf Gefängnis (Art. 145), ohne eine Abstufung nach der Schwere der Mißhandlung vorzunehmen. Ebenso Luzern, das die durch Beleidigung oder Tätlichkeiten erfolgte Reizung als einen speziellen Milderungsgrund darstellt, auch ohne näher zu bestimmen, worin diese zu bestehen habe (Art. 169). Die notwendige Unterscheidung zwischen schwerer und leichter Körperverletzung trifft Aargau. Wenn Provokation angenommen wird, kann Gefängnis oder Zuchthaus bis auf 4 Jahre ausgesprochen werden (§ 129 c). Im gleichen Sinne Appenzell A.-Rh., Art. 91. Von der Unterscheidung zwischen

dauernder und zeitlicher Arbeitsunfähigkeit geht Thurgau aus. Es reduziert die Strafe im Falle von Provokation auf einen Drittel oder auf die zunächst niedrigere Strafart der in § 86 angedrohten Strafen: Arbeitshaus bis auf 4 Jahre oder Gefängnis nicht unter einem Monat bei bleibender Invalidität, Gefängnis bis 3 Monate oder Geldbuße bis 400 Franken bei 60 Tage übersteigender Arbeitsunfähigkeit.

Körperverletzung mit tödlichem Ausgang hat in Basel-Stadt und -Land Gefängnis von mindestens 6 Monaten oder Zuchthaus bis zu 8 Jahren (§ 111), die schwere Körperverletzung dagegen Gefängnis oder Zuchthaus von der Hälfte der in § 111 ausgesprochenen Strafen (§ 109) zur Folge. Bei eingehender Umschreibung der Provokationsmerkmale stellt Neuenburg in Mißhandlungsfällen die Reizung als unbestimmten Strafmilderungsgrund auf (Art. 320). Unberücksichtigt bleibt die Provokation bei Körperverletzung nach Tessin. Einzig die in zorniger Erregung erfolgte Tätlichkeit ohne nachfolgende Körperverletzung wird in Anbetracht der provozierenden Handlungsweise des Täters milder bestraft (Art. 317).

§ 18. Kantone mit Provokation als allgemeiner Strafmilderungs- und spezieller Privilegierungsgrund.

Es ist ohne weiteres klar, daß die Reizung als allgemeiner Strafmilderungsgrund nur da Anwendung finden kann, wo nicht schon im speziellen Teil des Strafgesetzbuches bei den einzelnen Deliktsarten dieser besondere Fall von Strafmilderung vorgesehen ist. Da indessen die doppelte Berücksichtigung der Provokation in fast allen der nachgenannten Kantone zutrifft, dürfte die Bestimmung der Provokation als spezieller Strafmilderungsgrund überflüssig sein. Da wir in diesen Gesetzen eine beinahe wörtliche Uebereinstimmung der in Frage stehenden Artikel feststellen können, schließen wir daraus, daß die meisten derselben der zum Vorbild dienenden Quelle entnommen sein müssen.

A. Die Provokation als allgemeiner Strafmilderungsgrund.

In wörtlicher Uebereinstimmung normieren Graubünden (1851) und Zug (1876) den Tatbestand der Reizung als diejenige

Tatsache, infolge derer der Täter durch eine ungesucht und unerwartet dargebotene günstige Gelegenheit zur Tat gereizt und zur schnellen Ausführung derselben hingerissen worden ist (§ 50 Ziff. 6, § 37 d). Besonderes Gewicht wird somit auf das subjektive Moment, die schuldlose Reizung und die Augenblicklichkeit der Ausführung bei zorniger Erregung gelegt. Die Redaktion der Bestimmung mutet zwar etwas veraltet an. Obwalden (1864) spricht dagegen nur von dem nichtgesuchten und unerwartet eingetretenen Anlaß, der die Entstehung und gleichzeitige Ausführung des verbrecherischen Entschlusses hervorgerufen hat (Art. 28 Ziff. 4).

In etwas anderer Form wird die Reizung im Hinblick auf den Affekt des Täters nach Schaffhausen (1859) und Solothurn (1885) charakterisiert, indem in beiden Gesetzen von der besonders aufgeregten und an sich entschuldbaren Gemütsaufregung die Rede ist (§ 72, Z. 3, § 51, Z. 4). Ebenso mit abweichenden Ergänzungen Glarus (1876), (§ 40 c) und Appenzell I.-Rh. (1899), Art. 35 c.

B. Die Provokation als Privilegierungsgrund.

1. Beim provozierten Totschlag: Ist der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder seinen Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung vom Getöteten zum Zorne gereizt und dadurch zur Tat hingerissen worden, so erkennt Obwalden[1]) auf Zuchthaus von 2—6 Jahren, resp. von einem Jahr, wenn der Getötete den Zorn des andern durch Kränkungen oder tätliche Mißhandlungen, zu welchen der letztere keine hinreichende Veranlassung gab, selbst hervorgerufen hat (§ 73), Solothurn dagegen auf Einsperrung bis auf 5 Jahre oder Gefängnis (§ 110, Z. 1). Unter das für Totschlag angedrohte Minimum (3 Jahre Zuchthaus) geht Zug (§ 69), desgleichen Graubünden (Gefängnis oder Zuchthaus bis zu 6 Jahren), § 91. Appenzell I.-Rh., weniger bestimmt als Glarus (§ 89), sieht in Art. 74 eine geringere Strafe als Zuchthaus vor. Mit relativ milder Strafe belegt Schaffhausen den provozierten Tot-

[1]) Unverständlich ist die Wiederholung des Provokationstatbestandes in Alinea 3. Dieser bleibt auch bei der andern Begriffsformulierug derselbe. Es wird dadurch nur erreicht, daß die übrigens ziemlich harte Strafe nochmals auf Minimum ein Jahr reduziert wird.

schläger, nämlich Gefängnis ersten Grades nicht unter 2 Jahre (§ 147).

2. Die provozierte Körperverletzung: Wenn der Verletzte durch Beleidigungen oder Tätlichkeiten den Affekt des Täters hervorgerufen hat, so wird auch in diesem Fall eine Milderung der Strafe ausgesprochen. Die Regelung solcher Bestimmungen ist aber in keinem Gesetz die gleiche. Auch unterscheiden nicht alle Gesetze nachgenannter Kantone zwischen schwerer und leichter Körperverletzung, wiederum erwähnen einzelne den Tatbestand der Reizung, ohne diese in ihren Voraussetzungen näher zu umschreiben. Doch überall wird anerkennenderweise dem Affektzustand des Gereizten insofern Berücksichtigung geschenkt, daß demselben eine wesentlich mildere Strafe für die dem Provokanten zugefügten Verletzungen angedroht wird, als wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen würden. Immerhin sei hier festgestellt, daß in keinem kantonalen Gesetz ein Strafausschließungsgrund in leichtern Mißhandlungsfällen für erste Tätlichkeiten enthalten ist wie in Art. 145 Al. 2 bern. Str. G. B.

Eine Unterscheidung zwischen vorsätzlicher und im Affekt erfolgter Körperverletzung trifft Schaffhausen, wo die Strafe, wenn Provokation bejaht wird, auf die Hälfte des für die im Affekte zugefügten Mißhandlung angedrohten Strafmaßes reduziert werden kann, eventuell mit Erkennung auf eine niedrigere Strafart. § 32 bestimmt: Gefängnis ersten Grades nicht unter 6 Monaten. Bei bleibendem Körpernachteil, Gefängnis ersten Grades bis zu 3 Monaten oder Geldbuße, wenn die Arbeitsunfähigkeit 30 Tage, nicht aber 3 Monate übersteigt, und endlich Gefängnis bis 3 Monate oder Geldbuße, wenn die Dauer der Arbeitsunfähigkeit 8, nicht aber 30 Tage übersteigt. Hat die Körperverletzung einen dauernden Nachteil zur Folge, so kann nach Glarus an Stelle von Zuchthaus Arbeitshaus oder Gefängnis ausgesprochen werden (Art. 106). Für leichtere Verletzungen mit zeitlich begrenzter Arbeitsunfähigkeit trifft § 106 nicht zu. Es ist daher anzunehmen, daß in diesem Fall der allgemeine Strafmilderungsgrund nach § 40 Anwendung finden wird. Das gleiche gilt für Zug, § 77, ebenso in gewissem Sinne für Solothurn (§ 117), wo nur für den Fall der leichten Körperverletzung der mildernden Umstände Erwähnung getan wird, während für die übrigen Mißhandlungsfälle § 51 Z. 4 in Betracht fällt. Obwalden erteilt dem Richter

die Weisung, innerhalb der in Art. 84 (Körperverletzung) festgesetzten Grenzen bei der Strafzumessung die allgemeinen Erhöhungs- und Milderungsgründe zu berücksichtigen (Art. 85).[1]) Eine „wesentliche" Strafmilderung läßt auch Appenzell I.-Rh. dem provozierten Täter zuteil werden, jedoch ohne Angabe, des Strafmaßes (Art. 83). Graubünden berücksichtigt die Provokation ebenfalls bei leichteren Körperverletzungen und bestimmt. hiefür eine Gefängnisstrafe von nicht über 3 Monaten Dauer, allein oder in Verbindung mit einer Geldbuße oder auch nur Geldbuße, während bei schwererer Mißhandlung Gefängnis allein oder in Verbindung mit einer Geldbuße ausgesprochen wird. Immerhin eine recht milde Strafe.

Im Sinne althergebrachter Urhabsbestimmung belegt Uri,[2]) das zwar ein eigentliches Strafgesetzbuch nicht besitzt, nach § 1 des Landbuches denjenigen, der in einem Streitfalle zuerst tätlich wurde, mit einer Geldbuße von Fr. 18.—, ferner die Herausforderung mit Fr. 9.—. Wer auf die Herausforderung hin sich in Tätlichkeiten eingelassen hat, mit der gleichen Buße. In gleichem Sinne wird nach dem Gesetzbuch des Kantons Unterwalden nid dem Wald[3]) die Herausforderung aus dem Hause mit Buße bestraft. Eine typische Urhabssatzung ist die Bestimmung über Streit und Schlaghändel. Wer an gewissen Anlässen, wie Landsgemeinde, Jahrmärkten usw. „Händel anfangt, ist nebst der Strafe, die er sonst durch sein Benehmen, wenn selbes zu andern Zeiten erfolgt wäre, verschuldet hätte, weiter mit einer Buße von Fr. 20.— zu belegen".

Das Resultat unserer kurzen Betrachtung kantonaler Provokationsbestimmungen besteht in der Feststellung der Mannigfaltigkeit gesetzlicher Bestimmungen, die die Reizung zu erfassen suchen. Nirgends fehlt ein Interesse dafür. Neue Gesichtspunkte werden dagegen keine gezeigt.

---

[1]) Stooß, a. a. O. S. 404: „Als Strafmilderungsgrund in besonders rücksichtswürdigem Grade oder Maße ist auch Provokation anzunehmen."

[2]) Landbuch des Kt. Uri, Bd. III, promulgiert per August 1902, S. 230.

[3]) Gesetzbuch des Kt. Unterwalden nid dem Wald, Stans 1892, S. 297.

7. KAPITEL.

Die Entwürfe eines schweizerischen Strafgesetzbuches in vergleichender Darstellung.

§ 19. Die Entstehung der Provokationsbestimmung.

Das Postulat der Schaffung eines einheitlich geltenden Strafrechtes in der Schweiz ist vom Gesichtspunkt der Provokation, wie ebenso von andern, vollauf gerechtfertigt, wobei aber doch anerkannt werden muß, daß die kantonalen Gesetze die Provokation bisher im allgemeinen gut berücksichtigt haben. Es konnte dem Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches nicht schwer fallen, aus der Auswahl guter und zutreffender kantonaler Provokationsbestimmungen diejenigen herauszunehmen und so zu formen, daß sie in jeder Beziehung befriedigen. Ob nun diese Aufgabe erfüllt worden ist, wird noch zu untersuchen sein.

Wir treffen schon in den 90er Jahren, in den ersten Anfängen positiver eidgenössischer Strafrechtsvereinheitlichung, im Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch eine Provokationsbestimmung an, die bis zum heute vorliegenden Entwurf 1918 nur hinsichtlich einiger Wortumstellungen Abänderung erfahren hat. Daraus ist zu schließen, daß entweder von Anfang an eine allseitig befriedigende Regelung getroffen, oder daß der gesetzlichen Normierung der Provokation von keiner Seite her Widerstand entgegengebracht worden ist.

In dem vom verdienten Strafrechtsgelehrten Prof. Stooß im Jahre 1893 redigierten Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch [1]) wird das Fundament des heutigen Artikels 61 E. 1918 [2]) betreffend die allgemeinen Strafmilderungsgründe, nun mildernde Umstände genannt, gebildet. Diese Milderungsgründe werden in andern Gesetzen, wie der Verfasser in seinen Motiven ausführt,

[1]) Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch, allg. Teil, C. Stooß, 1893, S. 25, Art. 37.

[2]) Entwurf eines schweiz. Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918.

als Korrektiv für allzu strenge Strafen, die das Gesetz androht, aufgestellt.[1]) Der Richter ist zwar an sie nicht gebunden, er kann sie aber berücksichtigen. Ein solches Korrektiv hat nun der Vorentwurf, wie auch die übrigen Entwürfe, nicht nötig, denn allgemein kann man Ihnen den Vorwurf besonderer Härte in der Strafandrohung nicht entgegenbringen. Die Milderungsgründe sollen daher von andern Gesichtspunkten aus berücksichtigt werden, was besonders deutlich bei der Reizung zu erkennen ist. Hier soll eine Milderung eintreten, nicht deshalb, um eine zum vornherein zu harte Strafe zu mildern, sondern um dem besondern Wesen der Provokation, die in allen Fällen der mit einer Strafe bedrohten Handlungen Berücksichtigung verdient, gerecht zu werden. Ob dagegen die Provokation auf alle oder nur auf speziell bezeichnete strafbare Handlungen Anwendung finden soll, ob die Reizung als allgemeiner oder spezieller Strafmilderungsgrund geregelt werden soll, ist eine Frage der Gesetzgebung.

Daß unter der von Stooß im genannten V. E. gemachten Aufzählung der Milderungsgründe die Provokation nicht figuriert, ist mit bestimmter Absicht des Redakteurs geschehen. Dieser beabsichtigte nämlich, die Reizung bei den einzelnen Delikten im speziellen Teil unterzubringen.[2]) In der ersten Expertenkommission schlug aber dann Gabuzzi[3]) vor, die Provokation in den allgemeinen Teil als Milderungsgrund aufzunehmen, wenn Stooß bei der Ausarbeitung des besonderen Teiles finden sollte, eine allgemeine Bestimmung in dieser Beziehung sei gerechtfertigt.[4]) Dies wird nun auch zugetroffen haben, denn schon im V. E. von 1896[5]) ist die Provokation als allgemeine Strafmilderung aufgenommen,[6]) wie sie es im heute vorliegenden Entwurf noch ist. Die Strafe kann gemildert werden: wenn der Schuldige das Verbrechen aus achtungswerten Beweggründen . . . begangen hat, wenn er durch schwere Reizung oder Kränkung, zu der er nicht Anlaß gegeben hat, augenblicklich zur Tat hingerissen worden ist . . .

---

[1]) Stooß, Vorentwurf mit Motiven, Bern 1894, S. 24.

[2]) Verhandlungen der Expertenkommission, 1894 (zit. Verhandlungen), I. Teil, S. 340.

[4]) Vgl. Verhandlungen, I. Teil, S. 341.

[5]) Verhandlungen, S. 344.

[6]) Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch, nach den Beschlüssen der Expertenkommission, 1896.

[6]) Stooß, Motive, S. 136.

Bloß bezüglich des angedrohten Strafmaßes ist in der 1. Expertenkommission eine kleine Abänderung getroffen worden gegenüber dem Vorentwurf Stooß.[1])

Meyer von Schauensee[2]) vertrat nun in der bald nach der Veröffentlichung des V. E. einsetzenden Kritik den Standpunkt, eine Exemplifizierung der Strafmilderungsgründe fallen zu lassen, da „eine auch nur annähernd erschöpfende Spezialisierung in der Materie der Strafmilderung einfach unmöglich" sei. Er zog das französische System der „circonstances atténuantes" vor, wobei der Richter bei Annahme mildernder Umstände letztere in seiner Urteilsmotivierung sorgfältig festzustellen hätte. Meyer von Schauensee trug jedoch dem Umstand nicht Rechnung, daß Strafmilderungsgründe nun nicht das Gleiche sind wie mildernde Umstände. Bei den Strafmilderungsgründen als Privilegierungsgründen wird der für den konkreten Fall zutreffende Milderungsgrund zu einem Schuldmoment, das mit andern Schuldmomenten der Tat zu einem organischen Ganzen verbunden wird. Dadurch entsteht eine neue Handlung mit einem neuen Strafrahmen, während die mildernden Umstände und der dadurch erweiterte Strafrahmen den strafbaren Tatbestand der betreffenden Gesetzesvorschrift unberührt lassen. Die Schuld und die strafbare Handlung bleiben stets dieselben, das Verbrechen bleibt trotz Annahme mildernder Umstände ein Verbrechen, nur der Spielraum, innerhalb dessen der Richter die Strafe festzusetzen hat, wird größer.[3]) Die Schuldmomente der Milderungsgründe, somit auch die Privilegierungsgründe der Provokation, müssen, wo sie in Frage kommen, bei den einzelnen Deliktsarten vom Gesetzgeber hervorgehoben oder dann als Bestandteil eines allgemeinen Strafmilderungsartikels mit spezifizierten Milderungsgründen zusammengefaßt werden, während die mildernden Umstände als Strafzumessungsfrage allgemeiner Natur sind und je nach Bedürfnis vom Richter im konkreten Fall berücksichtigt werden können. Die Ansicht von Meyer von Schauensee könnte immerhin insofern gewisses Interesse haben, als die Regelung im E. 1896[4]) für

---

[1]) Verhandlungen, S. 345.

[2]) In Neue Zürcher Zeitung vom 7. Dez. 1898, ebenfalls in Z. f. schw. Str. R.

[3]) Vgl. darüber Erlanger, a. a. O. S. 13; Morris, Geschichte und System der mildernden Umstände, S. 20 ff.

[4]) Betrifft Kommissionalentwurf von 1896.

den Richter bei Vorliegen eines der in Art. 39 aufgezählten Milderungsgrundes ein Milderungs r e c h t, analog zu den mildernden Umständen, statuiert, während an sich beispielsweise der spezielle Strafmilderungsgrund der Provokation nach R. Str. G. B. eine Milderungs p f l i c h t enthält.[1]) Dagegen ist, obgleich auch G a b u z z i[2]) die Strafmilderungsgründe des Entwurfes kritisierte, doch zu sagen, daß die Uebernahme der „circonstances atténuantes" des französischen Rechts in unser Gesetz ein völlig unzweckmäßiges Vorgehen darzustellen hätte; denn bekanntlich erfüllen dort die mildernden Umstände die Aufgabe, dem Richter das Recht einzuräumen, da, wo die Gesetzesbestimmung zu hart ist und der Gesetzgeber eine Aenderung der Gesetzesvorschriften hätte vornehmen sollen, diese Aenderung selbst vorzunehmen, d. h. das Gesetz zu korrigieren.[3]) Sollte nun der Entwurf, wenn diesem die gleiche Regelung zugrunde gelegt würde, schon bei seinem Inkrafttreten verbesserungsbedürftig sein? Wohl kaum, denn ein solcher Entwurf würde nie die Billigung des Volkes erhalten. Man hat daher diesem Postulat in den folgenden Entwürfen auch nicht Folge gegeben. Der dann weiterhin vom Postulanten dem Gesetzesentwurf dargebrachte Vorwurf, Art. 37 V. E. 1896 sei zu wenig erschöpfend spezialisiert (daher sein obengenannter Vorschlag zur Aufstellung eines Artikels über undefinierte mildernde Umstände), wurde von Stooß mit Gründen zurückgewiesen.[4])

In der Folge ging dann G a b u z z i[5]) noch weiter und meinte, wenn im konkreten Fall ein Strafmilderungsgrund nach Art. 48 E. 1903[6]) gegeben sei, so m ü s s e der Richter die Strafe mildern (also Strafmilderungspflicht, wie bei der Provokation nach R. Str. G. B.), es sei die Würdigung desselben nicht etwa in sein richterliches Ermessen gestellt. Gabuzzi argumentierte unrichtig, wenn er den zitierten Art. 48 dahin interpretierte, dieser stipuliere für

[1]) Erlanger, a. a. O. S. 151: „Bei den Qualifikations- und Privilegierungsgründen liegt ein dem Richter gesetzlich verpflichtender Umstand unter das ordentliche Strafmaß herabzugehen vor, bei den mildernden Umständen entscheidet freies richterliches Ermessen." Vgl. ferner Berner, Strafrecht, S. 279.

[2]) Gabuzzi, il progetto di codice penale, in Repertitorio, S. 584 und dort zitiert Lucchini, derselben Ansicht.

[3]) Erlanger, a. a. O. S. 9; Berner, Strafrecht, S. 287.

[4]) Verhandlungen, II. Band, S. 449.

[5]) Gabuzzi, Repertitorio, S. 584.

[6]) V. E. zu einem schweiz. Strafgesetzbuch vom Juni 1903.

den Richter eine Milderungspflicht. Im Gegenteil stellt diese Vorschrift bei richtiger Auslegung ein Milderungsrecht auf und keine Pflicht zur Berücksichtigung der genannten Milderungsgründe. Auch als Postulat gedacht, ging diese Forderung zu weit, denn durch Statuierung einer Milderungspflicht bei Vorliegen bestimmter Strafmilderungsgründe wäre der Richter an die Gesetzesbestimmung vollständig gebunden, ohne sich an die Verumständungen des konkreten Tatbestandes, der in jedem Fall anders gestaltet ist und mehr oder weniger berücksichtigungswürdige Momente aufweist, anpassen zu können.

§ 20. Die Provokation im Strafgesetzentwurf von 1918 und in den vorangegangenen Arbeiten.

Im V. E. von 1918 [1]) erscheint erstmals in Art. 50 als Marginale die Bezeichnung „mildernde Umstände", an Stelle von „Strafmilderungsgründe". Man hat offenbar die mildernden Umstände, die zwar hier abgeschlossen aufgezählt sind und nicht, wie vorgeschlagen wurde, undefiniert hingesetzt werden sollten, in Folge der von Meyer von Schauensee [2]) eingesetzten Kritik als Strafzumessungsgründe den besonderen Strafmilderungsgründen, wie sie beispielsweise im bern. Str. G. B. Art. 46 a bezeichnet werden, vorgezogen und dadurch ein gemischtes System geschaffen: nämlich ein Milderungsrecht des Richters, wenn bestimmte „mildernde Umstände" gegeben sind. Trotzdem es eine contradictio in adiecto ist, spezielle Strafmilderungsgründe, wie sie unbestritten in Art. 50 E. 1008 als solche aufgefaßt werden können, in abgeschlossener Aufzählung dann als „mildernde Umstände" zu bezeichnen, [3]) ist doch weniger auf das Marginale abzustellen, als auf den Zweck, den der Gesetzgeber in Art. 50 E. 1908 im Auge hatte. Aus der Tatsache, daß der in der zitierten Gesetzesstelle aufgestellte Katalog von Strafmilderungsgründen bis

[1]) V. E. zu einem schweiz. Str. G. B., neue Fassung der Expertenkommission, April 1908.

[2]) Vgl. oben S. 103.

[3]) Nach Erlanger, a. a. O. S. 16 ist es überhaupt nicht möglich, im Gesetz einen speziellen mildernden Umstand anzuführen. Bei etwas anderer Ausdrucksweise kommt Rosenfeld, Strafzumessung, in vergl. Darstellung S. 201 zum gleichen Ergebnis, wenn er sagt, „vielmehr kann den mildernden Umständen ihre Vagheit nur mit ihrer Allgemeinheit genommen werden, nur durch Auslösung in eine Reihe spezialisierter Milderungsgründe".

zum heute vorliegenden Entwurf 1918 in den Beratungen der Expertenkommissionen keine wesentlichen Aenderungen erfahren hat, darf der Schluß gezogen werden, daß die Aufnahme ausdrücklich bezeichneter Strafmilderungsgründe in den Gesetzestext als eine zutreffende Regelung angesprochen werden kann, die auch in der Praxis befriedigen wird.

Wie Gautier in der 2. Expertenkommission [2]) anläßlich der Beratung des Art. 50 E. 1908 sehr richtig bemerkte, wird durch diese Bestimmung das französische System der undefinierten mildernden Umstände („circonstances atténuantes") verlassen und dasjenige der limitativen Aufzählung von Strafmilderungsgründen adoptiert, in Anlehnung an das, was das französiche Recht als „Entschuldigungsgründe" bezeichnet.

Gautier forderte im erwähnten Artikel betreffend die Provokation die Streichung der Worte: „Zu der er nicht Anlaß gegeben hat", ebenso mit ihm Lachenal, [3]) während Wettstein [4]) „Kränkung, die er nicht selbst hervorgerufen hat", beantragte, weil die frühere Bezeichnung „zu der er nicht Anlaß gegeben hat" viel zu weit gefaßt sei. Man kann nun tatsächlich nicht behaupten, daß diese Umschreibung zu weit gefaßt wäre, denn sie will ja nur das subjektive Moment der schuldlosen Reizung zum Ausdruck bringen. Besser ist schon die Bezeichnung nach dem R. Str. G. B. „ohne eigene Schuld". Richtigerweise bemerkte dann Wettstein, daß die Kränkung durch den Verletzten unmittelbar vor der Tat hervorgerufen sein müsse, um die Entschuldbarkeit der Handlung zu bewirken. Demgegenüber beantragt Gabuzzi, [5]) der übrigens dem Institut der Provokation besonderes Interesse entgegenbrachte, folgenden Zusatz aufzunehmen: „lorsqu'il aura agi sous l'impulsion de la colère ou d'une grave douleur déterminée par une provocation injuste". Beachtlich sind seine Ausführungen hinsichtlich des Charakters des besondern Wesens der Provokation. [6]) Dagegen ist sein bereits früher erwähn-

[1]) Bibliographie über den V. E. 1998 (Teichmann, 1898).

[2]) Protokoll der 2. Exp.-Komm., Bd. IV, 1912, S. 362, zit. Protokoll.

[3]) Protokoll, S. 364.

[4]) Protokoll, S. 367.

[5]) Protokoll, S. 366.

[6]) Gabuzzi, Protokoll, S. 366: „on a critiqué la disposition concernant la provocation, et je crois, avec raison. D'abord la rédaction du projet veut que l'auteur du délit ait été subitement entrainé au délit, et second lieu elle n'admet pas l'atténuation de la peine dans le cas où l'auteur du délit a donné,

tes Postulat,[1]) aus Art. 50 E. 1908 eine Strafmilderungspflicht für den Richter zu statuieren, als unzutreffend zu bezeichnen. Geel äußerte ferner die Ansicht, daß die Worte „augenblicklich hingerissen" zu Bedenken Anlaß geben könnten, um eine Reizung noch als Milderung anzunehmen, wenn Provokation und Tat auseinanderliegen. Dieser Einwand ist insofern berechtigt, als man den Ausdruck „augenblicklich" nicht im technischen Sinne des Wortes zu verstehen hat, sondern nach der Rechtspraxis[2]) auch Provokation annimmt, wenn die Tat in einem spätern Zeitpunkt als die Reizung erfolgte, vorausgesetzt nur, daß die zornige Erregung den Gemütszustand des Täters im Augenblick der Tat noch beherrscht.

In der Schlußabstimmung wurde dann der Formel Gabuzzi zugestimmt und mit Mehrheit die Streichung des Momentes der Unmittelbarkeit (augenblicklich, auf der Stelle) beschlossen. Die folgende, von der Redaktionskommission vorgeschlagene Fassung des Art. 50 wurde genehmigt:[3]) Der Richter kann die Strafe mildern ... wenn er (der Täter) unter dem Einfluß des Zornes oder eines großen Schmerzes, die durch eine ungerechte Reizung verursacht wurden, zu dem Vergehen hingerissen worden ist. Diese Fassung ist in bezug auf die Tatbestandsmerkmale weitgehendster Auslegung fähig.

In den Verhandlungen vom September 1912[4]) stellte sich bei der Beratung der Totschlagsbestimmung auch die Frage, ob der Privilegierungsgrund des Art. 64 Al. 3, der als „einen durch die Umstände gerechtfertigten heftigen Gemütsbewegung verursachten Totschlag" auch die Reizung mit umfaßt, den Milderungsgrund nach Art. 50 E. 1908 ausschließen oder neben diesem im Sinne einer doppelten Milderung zur Anwendung gelangen sollte. Eine dop-

d'une manière quelconque, occasion à l'offence qui a déterminé l'action délictieuse. La provocation atténue le délit, parce qu'elle détermine dans la personne à laquelle elle s'adresse un état psychologique qui diminue sa culpabilité. Alors il faut mentionner cet état d'âme, qui sera celui de la colère ou de la grave douleur, et l'atténuation de la peine doit être accordée jusqu'au moment, où l'on peut décider, que l'individu a cessé d'agir sous l'influence, sous l'impulsion de cet état d'âme. D'autre part, la provocation, pour donner lieu à l'atténuation de la peine doit être injuste, c'est à dire injustificable vis-à-vis de l'auteur du délit."

[1]) Vgl. oben S. 105.

[2]) M. B. R., Bd. III, S. 358 und oben S. 64.

[3]) Protokoll, Bd. I, S. 448 (1912).

[4]) Protokoll, Bd. II, S. 155 ff.

pelte Milderung wird nun kaum in Frage kommen,[1]) da einerseits Art. 64 Al. 3 einen ganz bestimmten Tatbestand verlangt, der nicht unter dem gleichen Gesichtspunkt eine doppelte Milderung zuläßt und es anderseits der Absicht des Gesetzgebers, nämlich die mildere Bestrafung bei Vorliegen besonderer achtungswerter Umstände, widersprechen würde, die einmal ausgesprochene und besonders bezeichnete Milderung nochmals im Lichte einer andern Bestimmung zu mildern.[2])

Gänzliche Streichung des Totschlagsartikels beantragte Gabuzzi, mit dem Hinweis, diese Bestimmung sei überflüssig, denn Art. 50 erfülle diesen Zweck.[3]) Er fand auch kein Hindernis bezüglich der Strafe, die, wenn man seinem Antrag nachgekommen wäre, gemäß Art. 64 für vorsätzliche Tötung auf Reizung in Verbindung mit Art. 50 mindestens 2 bis 10 Jahre Zuchthaus oder günstigenfalls Gefängnis von 1—5 Jahren betragen hätte. Ueberdies, begründete er dann weiter, würde man leicht zur Annahme gelangen, daß die mildernden Umstände des Art. 50 auf Körperverletzung nicht anwendbar seien, weil Art. 64 Al. 3 expressis verbis Provokation, d. h. die heftige Gemütsbewegung, berücksichtige, wo doch dieser Fall schon in der allgemeinen Milderungsbestimmung erwähnt sei. Gabuzzi übersah jedoch, daß der Totschlag ein Delikt sui generis ist, der provozierte Totschlag nur ein Spezialfall desselben, wobei der gewöhnliche Totschlag aus bekannten Gründen nicht diejenige Milderung erfahren darf wie der provozierte Totschlag. Der Genannte stellte später auch nicht einen dahingehenden Antrag. Die definitive Redaktion des Art. 46

[1]) Der V. E. 1916, Art. 63, Al. 3 hat übrigens für diesen Fall doppelte Milderung ausdrücklich als unzulässig erklärt: Gehört ein solcher mildernder Umstand bereits zum Tatbestand eines Vergehens, so tritt eine weitere Strafmilderung wegen dieses mildernden Umstandes nicht mehr ein. Obgleich Art. 61 E. 1918 diese Bestimmung nicht mehr aufgenommen hat, ist doch im Sinne der früheren Entwürfe und des Gesetzes überhaupt eine doppelte Milderung zu verneinen.

[2]) Rosenfeld, a. a. O. S. 120 bezeichnet es als eine offene Frage, ob auf Totschlag die circonstances atténuantes überhaupt anwendbar sind. Er kritisiert fernerhin bei dieser Gelegenheit die taxative Aufzählung der mildernden Umstände in Art. 50 E. 1908 und stellt fest, daß sämtliche in Art. 50 enumerierten Milderungsgründe auf fahrlässige Delikte unanwendbar seien. „Bei diesen wird es also in aller Regel bei den gesetzlichen, teilweise exhorbitanten Mindestmaßen bleiben." Bezüglich der Provokation wird sein Argument zutreffen, denn das provozierte Delikt wird immer nur vorsätzlich begangen.

[3]) Protokoll, Bd. II, S. 157.

betreffend den Totschlag wurde der Redaktionskommission überlassen. [1])

Art. 63 V. E. 1915 [2]) hat nun in bezug auf den Strafmilderungsgrund der Reizung folgende Fassung erhalten: „Der Richter kann die Strafe mildern ... wenn er (der Täter) unter dem Einfluß des Zornes oder eines großen Schmerzes, die durch eine ungerechte Reizung oder Kränkung verursacht wurden, zu dem Vergehen hingerissen worden ist". Im folgenden Jahr wurde diese Fassung von der Redaktionskommission noch etwas verfeinert, so daß wir bereits im V. E. 1916 [3]) die Bestimmung haben, welche heute im E. 1918 enthalten ist;

> Art. 61. Der Richter kann die Strafe mildern:
> Wenn der Täter das Vergehen begangen hat aus achtungswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis, unter dem Eindruck einer schweren Drohung, auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldig ist oder von der er abhängig ist; wenn Zorn oder großer Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung den Täter zu dem Vergehen hingerissen hat; wenn er aufrichtige Reue über das Vergehen betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm möglich war, gutgemacht hat; wenn seit der Tat verhältnismäßig lange Zeit verstrichen ist und sich der Täter während dieser Zeit wohl verhalten hat.

In einer neuesten Kritik vertritt Meyer von Schauensee, [4]) der sich mit wissenschaftlichen Arbeiten zu den schweiz. Strafgesetzentwürfen besonders verdient gemacht hat, die Ansicht, Art. 63 V. E. 1916 enthalte eine unklare Vermischung von Strafmilderungsgründen mit Strafminderungsgründen. [5]) Er mißt überdies dem ganzen System der Strafzumessung keine Bedeutung bei und tadelt fernerhin die Kasuistik in Art. 63. [6]) Er hält im übrigen an seiner bereits früher vertretenen Auffassung fest. [7])

---

[1]) Protokoll, Bd. II, S. 164.

[2]) 1. V. E. zu einem schweiz. Str. G. B., Fassung vom Aug. 1915.

[3]) V. E. zu einem schweiz. Str. G. B., von 1916.

[4]) Meyer von Schauensee, in Gerichtssaal, Bd. 86, S. 43.

[5]) Hafter, Lehrbuch, S. 345, Anm. 3 spricht dagegen von einer korrekten Terminologie der eidg. Strafgesetzentwürfe bezügl. der Strafmilderungsgründe.

[6]) Vgl. Bibliographie, 4. Forts. 1912—23, S. 57.

[7]) Vgl. oben S. 104.

Am Schluß unserer vergleichenden Darstellung der Provokationsbestimmungen in den schweizerischen Strafgesetzentwürfen angelangt, können wir zusammenfassend sagen, daß die an dem neuen schweizerischen Gesetzgebungswerk arbeitenden Persönlichkeiten und mit ihnen die in der Literatur „provozierte" Kritik von Anbeginn an dem besondern Wesen und der Bedeutung der Provokation wärmste Beachtung entgegengebracht haben. Wenngleich man schon in den Entwürfen vom Privilegierungsgrund der Reizung bei den einzelnen Deliktsarten abgekommen ist und aus diesem Institut in Verbindung mit andern strafmilderungswürdigen Momenten einen „mildernden Umstand" geschaffen hat, der nunmehr auf alle mit Strafe bedrohten Handlungen innerhalb des Strafkodexes Anwendung finden wird, so kommt deswegen der Provokation nicht etwa weniger Bedeutung zu.